

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE NACIONAL DE DIREITO

A POSIÇÃO DO MAGISTRADO FRENTE À ATIPICIDADE DOS
NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS

VIVIANE BERNINI VILAR

Rio de Janeiro
1º semestre / 2017

VIVIANE BERNINI VILAR

A POSIÇÃO DO MAGISTRADO FRENTE À ATIPICIDADE DOS
NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para a obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob a orientação do **Prof. Ms. Walter dos Santos Rodrigues**.

Rio de Janeiro
1º semestre / 2017

VIVIANE BERNINI VILAR

A POSIÇÃO DO MAGISTRADO FRENTE À ATIPICIDADE DOS
NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para a obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob a orientação do **Prof. Ms. Walter dos Santos Rodrigues**.

Data da aprovação: __/__/____.

Banca Examinadora:

Orientador

Membro da Banca

Membro da Banca

Rio de Janeiro
1º semestre / 2017

AGRADECIMENTOS

Dedico primeiramente aos meus pais. Consolo nas horas de angústia, apoio nas horas de dificuldade e amor em todas horas.

Ao meu orientador pela paciência e incentivo que tornaram possível a conclusão desta monografia.

A todos os professores deste curso de graduação, que foram tão importantes em minha vida acadêmica e oportunizaram o desenvolvimento desta monografia.

Ao meu amor. Companheiro de universidade e agora de vida. Em sua infinita paciência foi fundamental para me dar forças e não me deixou desistir.

Aos amigos. Compreensíveis e sempre torcedores. Em especial, à Amanda.

Por fim, aos que se tornaram meus anjos no céu. Tão presentes em meu coração.

RESUMO

O objetivo do presente trabalho consiste em analisar a posição do magistrado e as influências sofridas por ele diante da inserção no ordenamento de uma cláusula geral de negociação processual. Com o advento do código de processo civil de 2015, o instituto dos negócios jurídicos processuais ganhou força e é a primeira vez que a legislação processual brasileira permite uma possibilidade ampla de autorregulação no processo judicial. Em um primeiro momento, o tema é abordado de forma genérica contextualizando o instituto na atual fase processual. Após, objetiva-se analisar individualmente os negócios jurídicos processuais atípicos, abordando os importantes desdobramentos para a compreensão das funções do magistrado. Por fim, amparado por esses pilares introdutórios, analisa-se com base na doutrina acerca do papel do magistrado em face dos negócios processuais atípicos e possíveis influências resultantes em seu mister desta espécie de negócio.

Palavras-chave: Negócio jurídico processual. Cláusula geral de negociação. Papel do magistrado. Código de Processo Civil de 2015.

ABSTRACT

The objective of the present work is to analyze the position of the magistrate and the influences suffered by him before the insertion in the ordering of a general clause of procedural negotiation. With the advent of the civil process code of 2015, the institute of procedural legal affairs has gained momentum and is the first time that Brazilian procedural law allows for a broad possibility of self-regulation in the judicial process. At first, the topic is approached in a generic way contextualizing the institute in the current procedural phase. Afterwards, the objective is to analyze individually the atypical procedural legal business, addressing the important developments for the understanding of the functions of the magistrate. Finally, supported by these introductory pillars, it is analyzed based on the doctrine about the role of the magistrate in face of the atypical procedural businesses and possible influences resulting in its mister of this sort of business.

Keywords: Procedural agreements. General negotiation clause. Role of the magistrate. Code of Civil Procedure of 2015.

SUMÁRIO

1. Introdução.....	7
2. Os negócios jurídicos processuais no Código de Processo Civil de 2015.....	10
2.1. Proposta do Código de Processo Civil de 2015.....	10
2.2. Acesso à justiça.....	12
2.3. Rompimento com a antiga lógica publicista.....	14
2.4. Surgimento e evolução a partir do Código de Processo Civil de 1973.....	16
2.5. Conceito de negócios jurídicos processuais.....	18
3. Atipicidade dos negócios jurídicos processuais.....	21
3.1. Classificações dos negócios processuais.....	21
3.2. Negócios processuais atípicos.....	23
3.3. Limites à atipicidade.....	25
3.4. Utilidade da previsão de uma cláusula geral sobre negócio jurídico processual.....	30
4. O papel do juiz em face dos negócios jurídicos processuais atípicos.....	32
4.1. Juiz como sujeito dos negócios processuais.....	32
4.2. Negócios processuais que influenciam na situação jurídica titularizada pelo juiz.....	34
4.3. As funções do juiz diante dos negócios jurídicos processuais atípicos.....	35
4.4. Possibilidade de limitação dos poderes do juiz por meio dos negócios processuais atípicos.....	38
4.4.1. Possibilidade de limitação dos poderes instrutórios do juiz.....	41
5. Controle Judicial dos negócios processuais atípicos.....	45
5.1. A vinculação do juiz às convenções processuais.....	45
5.2. Anulação e nulidade dos negócios	47
5.3. Recorribilidade da decisão que nega negócio jurídico processual.....	49
5.4. Necessidade de homologação judicial.....	53
5.5. Comentários parciais.....	54
6. Conclusão.....	57
Referências Bibliográficas.....	61

1. INTRODUÇÃO

O processo civil deve permanecer coerente ao ideal democrático e solidário da Constituição Federal de 1988, sendo esta ponto de partida para interpretação e argumentação jurídica. Hoje, situamos o processo no chamado *neoprocessualismo*, com maior ênfase na boa-fé objetiva e na ética, o que tornou imperiosa a reprodução de princípios e garantias fundamentais constitucionais no âmbito do direito processual, ramo de direito autônomo.

A participação direta dos sujeitos da relação jurídica processual, principalmente autor e réu, no processo de formação da decisão final é um dos modernos elementos de legitimação da atividade decisória do Estado. Corroborando com essa afirmação, quando da elaboração do novo código de processo civil, quis o legislador explicitar em seu texto o princípio da cooperação, pelo qual impõe aos sujeitos do processo o dever de contribuírem para a rápida solução da lide, colaborando para o alcance de uma decisão de mérito justa e efetiva, abstendo-se de provocar incidentes desnecessários e procrastinatórios.

Isso revela-se uma singela revolução que coloca os atores do processo em posição simétrica, em relação de colaboração propriamente dita, não mais se permitindo que o processo seja encarado de forma hierarquizada, tendo a figura do Estado-juiz posição de destaque das demais. Pelo contrário, todos os sujeitos processuais, e isso inclui a figura do próprio magistrado, nos limites de seu mister, devem agir com o fim de fomentar o bom desenvolvimento do processo.

Neste sentido, com a promulgação da Lei 13.105 em 16 de março de 2015, viu-se ampliadas as técnicas de flexibilização procedimental, dentre elas, os negócios jurídicos processuais. Deixou-se de apenas permitir pactuar sobre a eleição de foro ou disposição sobre o ônus da prova, por exemplo, para ampliar consideravelmente as possibilidades de celebração, uma vez que a legislação neste ponto inovou ao inserir expressamente a permissiva legal de negócios processuais atípicos. Ou seja, a legislação deixou de especificar quais são as adequações ao procedimento e quais serão os ônus, deveres, poderes ou faculdades que as partes poderão dispor.

Ressalte-se que a autonomia da vontade das partes é característica principal deste instituto, o qual rompe com o entendimento do CPC/73, pelo qual as partes estavam submetidas predominantemente à vontade da lei e do magistrado, que ditavam os preceitos aplicados ao processo já que as partes escolheram submeterem sua controvérsia à solução do Estado-juiz. Diferente da proposta do CPC/2015, que busca uma melhor adequação da causa ao processo através da ótica das partes.

Neste cenário, o juiz ainda possui papel de fundamental importância, tanto para viabilizar e assegurar a igualdade no processo, como para preservar sua compatibilidade com o sistema, sendo permitida sua intervenção em negócios jurídicos processuais, dentre outras hipóteses, para controlar a validade, evitar inserções abusivas em contratos de adesão ou ainda em situações nas quais uma das partes é vulnerável para compor sobre aspectos do processo.

E é sobre essa atuação do magistrado voltada aos negócios processuais atípicos que recairão as questões a serem exploradas pelo presente trabalho. Sendo o magistrado destinatário da apreciação das convenções processuais que as partes pretenderem concretizar, surge os questionamentos se este seria ou não parte da convenção processual, se haveria obrigatoriedade na chancela e se haveria espaço para discricionariedade na sua interferência, questões que o presente trabalho objetiva explorar a fim de absorver a compreensão de rompimento com a antiga lógica processual publicista.

Percebendo as possíveis limitações e influências do instituto na atuação que cabe ao magistrado, o presente trabalho, sem pretensão de esgotar o tema, se propõe a analisar o papel do juiz em face dos negócios jurídicos processuais, priorizando sempre que possível estabelecer uma análise específica dos negócios processuais atípicos.

Para a presente pesquisa a metodologia consiste na análise doutrinária, em uma tentativa de sintetizar as posições e hipóteses que respondam os desdobramentos do tema. Dessa forma, as fontes de pesquisa consistem em: livros, periódicos, revistas de tribunais, artigos, documentos disponíveis em meio digital e publicações de diversos autores brasileiros que tratam da temática abordada. Igualmente, será analisada a própria legislação processual, de forma objetiva, para perceber as mudanças inseridas no ordenamento jurídico.

De início, como capítulos introdutórios se fará necessário analisar o instituto dos negócios jurídicos processuais de formal geral. O primeiro capítulo o situará no código de processo civil de 2015, levando em consideração a evolução que isso representa se comparado com os entendimentos sustentados ainda na vigência do código de processo civil de 1973 e o rompimento que representa com o tão propagado publicismo. Além disso, será conceituado, seguindo a classificação da teoria geral dos atos processuais.

Seguindo a didática e a fim de adentrar mais especificamente no tema proposto, o segundo capítulo cuidará da classificação dos negócios jurídicos processuais, com enfoque na classificação que o separa em típico e atípico. Isto posto, o capítulo dedicar-se-á à análise dos negócios processuais atípicos, apresentando suas limitações e a utilidade de sua previsão no ordenamento jurídico.

Na sequência, adentrando ao objeto do presente estudo, o enfoque do trabalho estará voltado às possíveis influências sofridas pelo juiz pelos negócios processuais atípicos, seja em seus poderes ou nas situações jurídicas por ele titularizadas. A fim de estabelecer o grau de afetação nas funções a ele atribuídas.

Por fim, no último capítulo, será analisado o controle judicial perante essa espécie de negócio. Embora a disposição de negócios jurídicos processuais no novo código de processo civil seja ampla, a legislação tratou de dispor sobre regras específicas que limitam os negócios diretamente e conferem ao juiz o dever de colocá-las em prática, tais como: nulidades, homologação e recurso.

Adicionalmente, serão pormenorizados comentários pertinentes à inserção desse instituto na praxis processual. Espera-se assim, delimitar as posições doutrinárias sobre a posição do magistrado em face dos negócios jurídicos processuais atípicos. Dentro da ótica de cooperação e colaboração no processo, encarando a possibilidade de convencionar de forma atípica como mais um reforço ao acesso à justiça.

2. OS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

2.1. Proposta do Código de Processo Civil de 2015

A rotina do judiciário revela problemas graves resultantes de fatores políticos, sociais e econômicos do país. O grande número de processos, a cultura da judicialização e a morosidade do judiciário são alguns exemplos de desafios enfrentados para o tão almejado acesso à justiça. Pensar uma nova legislação processual com o objetivo prioritário de solucionar tais desafios revelou-se uma ilusão, a medida em que esses problemas não dependem apenas da alteração legislativa. Entretanto, havia o imperativo de adequá-la à necessidade e pensamento contemporâneo.

Por duas décadas, o código de processo civil de 1973 atuou de forma satisfatória, porém a partir da década de 90 começou a sofrer inúmeras reformas. O instituto da tutela antecipada introduzido em 1994 e, no ano seguinte, as alterações no regime do agravo são exemplos de significativas mudanças que tentaram adequar a legislação processual às necessidades do sistema. Com excessivas reformas, naturalmente, alguns dispositivos tornaram-se desarmoniosos, o que enfraqueceu a coerência como um todo.

Neste diapasão, preservando as mais recentes alterações, observando os imperativos da sociedade e priorizando o processo tal como instrumento de solução de incompatibilidades, sem olvidar do norte constitucional, pensou-se um novo código de modo a alcançar: celeridade, simplicidade, eficiência e compatibilidade com seus usuários. Tais objetivos podem ser extraídos da exposição de motivos do novo código de processo civil de 2015:

1) estabelecer expressa e implicitamente verdadeira sintonia fina com a Constituição Federal; 2) criar condições pra que o juiz possa proferir decisão de forma mais rente à realidade fática subjacente à causa; 3) simplificar, resolvendo problemas e reduzindo a complexidade de subsistemas, como, por exemplo, o recursal; 4) dar todo o rendimento possível a cada processo em si mesmo considerado; e, 5) finalmente, sendo talvez este último objetivo parcialmente alcançado pela realização daqueles mencionados antes, imprimir maior grau de organicidade ao sistema, dando-lhe, assim, mais coesão.¹

¹ BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. *Código de Processo Civil: Anteprojeto*. Brasília, 2010. Disponível em: <www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf> Acesso em: 6 fev. 2017.

Concretizando o primeiro objetivo supramencionado, sem surpresa, princípios constitucionais foram reproduzidos expressamente logo no início do atual e novo código para ressaltar, não só a compatibilidade da nova legislação com a constituição, mas também como meio de assegurar as vias adequadas ao alcance do acesso à justiça através de uma melhor qualidade na prestação jurisdicional e maior intervenção das partes no procedimento.

Neste sentido, o princípio talvez mais relevante para a presente exposição seria o princípio da cooperação. Este princípio já era existente na vigência do CPC/1973 implicitamente por meio de princípios constitucionais, tais como o devido processo legal e o contraditório, e, de forma infraconstitucional, através do art. 14, II do CPC/15, o qual explicitava o princípio da boa-fé processual. Entretanto, foi expressamente positivado no art. 6º do CPC/15², exigindo não só o comprometimento das partes litigantes e do juiz, mas de todos os que interferirão no surgimento de novos atos processuais formadores do processo.

Inferese deste dispositivo a compreensão de que todos os sujeitos processuais, cada qual nas especificidades de seu mister institucional, são importantes para viabilizar a prestação jurisdicional para quem, na perspectiva do direito material, merecê-la.³ Logo, a partir dessa visão, o processo civil brasileiro estaria inclinado ao modelo cooperativo.

Como aponta Bruno Garcia Redondo, ao menos três modelos de processo são mencionados pela doutrina, quais sejam: dispositivo, inquisitorial e cooperativo. O modelo dispositivo entende o processo como uma competição, diante da qual o juiz é passivo, assumindo postura distante das partes. Já no modelo inquisitorial, ou não adversativo, o magistrado assume função de protagonista da relação processual, permitindo-se, inclusive, a produção de prova de ofício e a rejeição de provas que julgar desnecessárias para a solução das controvérsias, ao passo que as partes são figuras secundárias durante o processo.⁴

No Brasil, o modelo cooperativo de processo é na verdade uma equidistante entre os modelos inquisitorial e dispositivo, posto que abrange em sua legislação características desses

² Art. 6º: Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

³ BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de Direito Processual Civil: inteiramente estruturado à luz do novo CPC*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 42.

⁴ REDONDO, Bruno Garcia. Princípio da Cooperação e Flexibilização do procedimento pelo juiz e pelas partes. In: FREIRE, Alexandre; DELFINO, Lúcio; OLIVEIRA, Pedro Miranda de; RIBEIRO, Sérgio Luiz de Almeida. *Processo Civil nas tradições brasileira e iberoamericana*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2014. p. 127-130.

dois sistemas. Como exemplo, pode ser citado o poder instrutório do juiz, que é uma permissiva legal consubstanciada no art. 370 do CPC/15, que nos aproxima do sistema inquisitorial, ao passo que a inércia do julgador e instauração do processo por iniciativa da parte são características que nos aproximam do modelo dispositivo de processo.

Mesmo assim, o modelo cooperativo ressalta os direitos individuais, e também confere diversos deveres⁵, tais como a impossibilidade de litigância de má-fé, a redação dos seus pleitos com clareza e coerência e a abstinência de causar dano a outra parte. Dessa forma, é baseado nos princípios do devido processo legal, boa-fé processual e na valorização do contraditório e, ao contrário do modelo inquisitorial, a condução do processo é resultado da cooperação de todos os sujeitos processuais, sem destaque a qualquer sujeito.

Em meio a esta nova noção de processo, mostrou-se condizente constar na nova legislação processual civil o denominado *negócio jurídico processual*, sobretudo o atípico, ao passo que tal instituto potencializa a participação democrática das partes junto ao juiz na construção do processo, viabilizando melhor as decisões e encaminhando para a rápida e eficiente solução final. Além de otimizar o procedimento e, de certa forma, racionalizar a atividade jurisdicional.

2.2. Acesso à justiça

Assim como no decorrer do tempo abriu-se espaço no ordenamento para exceções à autotutela, tais como o direito de retenção e a legítima defesa, ou ainda, aos meios adequados de solução de conflito, quais sejam: arbitragem, mediação e conciliação, o legislador prosseguiu com o objetivo de inserir junto à jurisdição estatal outros mecanismos que melhoram o acesso à justiça de forma harmônica ao ordenamento e aos anseios sociais.

Neste sentido, é possível afirmar que o negócio jurídico processual revela-se como mais um mecanismo apto a caracterizar o acesso à justiça, posto que é capaz de aproximar as partes de um desfecho rápido, justo e, na medida do litígio, satisfatório para ambas as partes. Seguindo a obra do renomado jurista italiano Mauro Cappelletti em conjunto com Bryant Garth, acerca do tema *acesso à justiça*, a qual propôs uma divisão para melhor visualização das soluções

⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierlei; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC – Fundamentação e Sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 20.

práticas que, no decorrer do tempo, foram sendo implementadas para solucionar os problemas do acesso à justiça, os negócios jurídicos processuais exemplificariam a terceira onda renovatória. Contudo, para melhor compreensão do tema, cabe primeiramente, discorrer de forma rápida sobre todas as fases.

A primeira onda revelou a assistência judiciária como primeira solução, sob uma visão voltada para as possibilidades financeiras dos litigantes. Notadamente, o histórico dos países perpassa, em sua maioria, pelo cenário de desigualdade social e econômica, realidade que torna-se um obstáculo ao acesso à justiça de forma uniforme e igualitária. Neste primeiro momento, a preocupação era garantir o acesso aos hipossuficientes econômicos, afastando a ideia de um processo elitizado, acessível apenas as pessoas que pudessem arcar com os custos exigidos.

No Brasil, esta onda pode ser extraída do advento da Lei 1.060 de 1950, cuja disposição estabeleceu o direito à justiça gratuita e, também, posteriormente, da criação da Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios pela Lei Complementar nº 80 em 1994. Hoje, com a vigência da Constituição de 1988, a assistência jurídica gratuita é prevista constitucionalmente com *status* de norma fundamental, posto que elencada no rol do art. 5º em seu inciso LXXIV⁶ e as defensorias públicas são instituições essenciais à função jurisdicional do Estado como preceitua o art. 134 da CRFB/88⁷.

Já a segunda onda renovatória explicitava a representação coletiva para a tutela dos interesses coletivos e difusos, especialmente nas áreas de direito ambiental e consumerista. Seguindo a percepção de que era necessário evitar a repetição de casos idênticos e de que nem todos os indivíduos podem comparecer em juízo, emergiu a necessidade de uma representação adequada aos interesses da coletividade, a fim de evitar as demandas repetitivas. Em nosso país, notadamente a lei de ação civil pública em 1985, a ação popular em 1965 e o próprio código de defesa do consumidor em 1990 refletem a percepção da segunda onda renovatória ao proteger os interesses de massa.

⁶ Art. 5º, LXXIV: o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;

⁷ Art. 134, CRFB/88: A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal.

Por último, a terceira onda denominada *enfoque de acesso à justiça*, traduz novos métodos para a solução dos conflitos e alteração, além da flexibilização, nos procedimentos a partir da criação de novos tribunais e inserção de mecanismos privados. Sendo assim, esta onda melhor adequa o instituto objeto do presente estudo, nas palavras dos próprios autores:

Essa “terceira onda” de reforma inclui a advocacia, judicial e extrajudicial, seja por meio de advogados particulares ou públicos, mas vai além. Ela centra sua atenção no conjunto geral de instituições e *mecanismos* (g.n.), pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas. Nós o denominamos “o enfoque do acesso à Justiça” por sua abrangência. Seu método não consiste em abandonar as técnicas das duas primeiras ondas de reforma, mas em tratá-las como apenas algumas de uma série de possibilidades para melhorar o acesso.⁸

O instituto claramente adequasse à terceira onda, na medida em que é propriamente um dos mecanismos voltados para processar, seja firmado antes ou depois do processo. Os negócios processuais facilitam o acesso dos jurisdicionados ao desfecho satisfatório de seus processos, guiando a um rumo mais dinâmico, uma vez que permite adequar o procedimento às singularidades de cada ação judicial. Além de preservar o interesse dos particulares no que tange aos ônus, poderes, faculdades e deveres das partes. Portanto, o CPC/15 ao trazer em seu bojo tal possibilidade de acordo entre as partes, capacitou a legislação para viabilizar melhores condições à prestação jurisdicional e consequentemente ao acesso à justiça.

2.3. Rompimento com a antiga lógica publicista

A aceitação do direito processual como disciplina autônoma no campo do Direito não era uma realidade até meados do século XIX. Confere-se a Oskar Von Bülow⁹ a iniciativa de, por meio de suas obras, compreender o processo como relação jurídica de direito público estabelecida entre os jurisdicionados e o Estado na figura do juiz e, sobretudo, diferenciar o direito material do direito processual.

Sobre essas bases, surgiu o entendimento das normas jurídicas processuais como normas de direito público, cogentes, as quais não poderiam ser afastadas pela vontade das partes, o que ao longo de séculos sustentou o movimento de *publicização* do direito processual, denominado

⁸ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução e Revisão Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: 1988. Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002. p. 25

⁹ PIAZZA, Valmor Júnior Cella. A natureza jurídica do processo: Relação jurídica, situação jurídica e a navegação na epistemologia da incerteza. *Revista da ESMESC*, v. 18, n. 24, 2011. p. 598.

inquisitorial ou não adversativo. Havia um engessamento consequente do entendimento de que uma vez que as partes litigantes recorreram ao poder judiciário para solucionar seus problemas, estas estariam subordinadas ao sistema imposto e impossibilitadas de mudá-lo.

No que tange ao julgador, a lógica publicista deste modelo confere ao magistrado uma posição de protagonismo na relação jurídica processual, atribuindo maior importância aos seus atos praticados no decorrer do processo. Consequentemente, às partes praticamente não seria dada autonomia, restando seguir o impulso oficial. Como bem pontua Antônio do Passo Cabral¹⁰, isso se justificaria sob a ótica de que o magistrado, na tríade processual, representaria o próprio Estado em sua concepção *lato sensu*, pois caberia ao juiz defender e zelar pelo interesse da coletividade.

Neste sentido, o denominado *hiperpublicismo* culminou com a dilação dos poderes do juiz em comparação às partes, refletindo em uma hierarquia na qual o Estado-juiz estaria localizado no topo e abaixo, em situação inferior e diminuta, estariam localizadas as partes. Neste cenário, mesmo que a iniciativa da parte em provocar o juízo para a instauração do processo ainda se fizesse necessária, ao impulso oficial era conferida máxima relevância.

Este modelo foi implementado em países como Alemanha, Dinamarca, Noruega e Hungria, codificações influenciadas pelo Código de Processo Civil Austríaco¹¹. No Brasil, a recentemente superada legislação processual civil de 1973 reforçava os poderes instrutórios do juiz e o impulso oficial, garantia a possibilidade do agir *ex officio* e do livre convencimento motivado, exemplos os quais embasam a afirmação de que o CPC/73 sofreu influências da lógica publicista. Como afirmado anteriormente, apesar de adequar-se ao modelo cooperativo de processo, nossa legislação aproximava-se em determinados momentos do modelo inquisitivo.

Hoje, com a vigência do novo código de processo civil de 2015 ainda é possível enxergar as características da lógica publicista. Exemplo claro é o rol taxativo das hipóteses de agravo de instrumento. Com a diminuição da possibilidade de recursos nas decisões interlocutórias, o

¹⁰ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções Processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 135

¹¹ REDONDO, Bruno Garcia. Negócios Processuais: Necessidade de Rompimento Radical com o Sistema do CPC/73 para a adequada compreensão da inovação do CPC/2015. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo, n.149, p. 9-16. ago. 2015.

magistrado tem o seu poder de decisão ampliado. Na seara dos negócios processuais, mais ainda, visto que, excetuando a convenção de arbitragem, as demais hipóteses de acordo não foram contempladas para possível impugnação, conforme se verá em item específico no último capítulo. O que dificulta a afirmação de um efetivo rompimento com o publicismo.

Entretanto, confrontando o publicismo com o instituto objeto do presente estudo, ambos são de plano incompatíveis. Os negócios jurídicos processuais transmitem uma clara preocupação com a participação dos jurisdicionados, sobretudo, em obter através de seus acordos meios de otimizar e racionalizar o procedimento. Além de conferir a escolha consensual a determinados aspectos do processo, ou seja, a principal característica é a autonomia das partes, através do autorregramento de vontades.

Portanto, apesar das influências do publicismo terem desencadeado a defesa da inexistência dos negócios jurídicos processuais no antigo código, este tema aparentemente foi superado com o advento do CPC/15, posto sua disposição expressa na lei, conforme comparação que se fará a seguir.

2.4. Surgimento e Evolução a partir do Código de Processo Civil de 1973

Como já foi mencionado, ainda sob a égide do código de processo civil de 1973, discutia-se a existência dos chamados negócios jurídicos processuais, podendo ser depreendida da doutrina duas correntes divergentes. A primeira alegava que o CPC/73 admitia o referido instituto, o que se sustentava pela existência de diversas previsões de negócios típicos, tais como a suspensão convencional do processo (art. 265, II e art. 792 do CPC/73) e a convenção de dilação de prazo não peremptório (art. 182 do CPC/73), dentre outros. A esta corrente filiava-se Fredie Didier.¹²

Em contrapartida, outra corrente afirmava que o CPC/73 não admitia os chamados negócios jurídicos processuais, pois os atos praticados pelas partes apenas produziam efeitos já previstos em lei, além de representar uma ameaça à segurança jurídica e ao devido processo legal. Neste sentido, por exemplo, a transação gerava os efeitos previstos em lei, qual seja, a

¹² DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. vol. 1. 13. ed. Salvador: Juspodivm, 2011. p. 268.

extinção do processo com resolução do mérito, o que significa que o efeito não dependia da vontade das partes. Ada Pellegrini Grinover, Antonio Carlos de Araújo Cintra e Cândido Rangel Dinamarco filiavam-se a esta corrente.¹³

Além da geração de efeitos, Pedro Nogueira justificou a forte resistência à ideia de existência dos negócios jurídicos processuais com outros motivos:

As negativas ao conceito de negócio processual podem ser agrupadas em quatro vertentes: i) a incorporação da figura tipicamente privatística ao processo poderia ser fonte de equívocos e poderia atingir a própria autonomia do Direito Processual quanto à disciplina das formas processuais; ii) Os atos negociais celebrados fora do processo não teriam propriamente efeitos processuais ligados à vontade do agente (os efeitos desses atos sempre seriam *ex lege*); iii) as declarações negociais não produziriam efeitos imediatamente, mas somente após a intervenção ou intermediação judicial; iv) os negócios jurídicos com relevância processual seriam para o processo meros fatos.¹⁴

O Código de processo civil de 2015, por outro lado, superou esta discussão e previu expressamente a possibilidade das partes convencionarem sobre determinados aspectos do processo, concretizando os chamados *negócios jurídicos processuais*. Sendo assim, defender a segunda corrente atualmente seria *contra legem*.

Logo, o tema dos negócios jurídicos em matéria processual não é novo, tampouco foi inaugurado com o novo código de processo civil de 2015. O anterior código de 1973 trazia em seu bojo, ainda que de forma tímida, possibilidades de acordo entre as partes, cuja redação especificava o que poderia ser objeto de negociação, limitando a liberdade das partes às possibilidades elencadas pela lei. Como exemplos podem ser citados a mudança do foro de eleição, adiamento de audiência e a suspensão processual nos art. 111¹⁵, 453, I¹⁶, e 265¹⁷ do revogado código, respectivamente.

¹³ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel; *Teoria Geral do Processo*. 29. Ed. São Paulo: Malheiros. 2013. p. 370.

¹⁴ NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Os negócios jurídicos processuais*. 2 ed. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 153.

¹⁵ Art. 111. A competência em razão da matéria e da hierarquia é inderrogável por convenção das partes; mas estas podem modificar a competência em razão do valor e do território, elegendo foro onde serão propostas as ações oriundas de direitos e obrigações.

§ 1º O acordo, porém, só produz efeito, quando constar de contrato escrito e aludir expressamente a determinado negócio jurídico.

§ 2º O foro contratual obriga os herdeiros e sucessores das partes.

¹⁶ Art. 453. A audiência poderá ser adiada:

I - por convenção das partes, caso em que só será admissível uma vez;

¹⁷ Art. 265. Suspende-se o processo:

II - pela convenção das partes;

(...)

O CPC/15, por sua vez, manteve tal possibilidade, mas, além de reiterar as hipóteses de negócios jurídicos processuais já previstas anteriormente ampliou com novas possibilidades, a ainda apresentou ousada inovação. O diferencial da atual legislação está na previsão das partes convencionarem sobre matéria processual não definida especificamente no código processual civil, ou seja, o legislador permitiu maior liberdade de escolha para compor sobre o próprio procedimento e processo. Em outras palavras, significa que, atualmente, as partes não estão presas às hipóteses trazidas na legislação, ao contrário, podem inovar, respeitados os limites impostos pela própria legislação e pelo ordenamento jurídico.

A inserção deste tipo de previsão legal não poderia ser encarada como absoluta pela própria incompatibilidade da ideia com o ordenamento. Os limites regulamentam a autonomia da vontade das partes a medida que estabelecem o que não pode ser afastado por elas em suas convenções, observando normas cogentes e o interesse público que permeia o processo civil brasileiro. Tais limites serão abordados no próximo capítulo de forma mais aprofundada, na tentativa de estabelecer os parâmetros que o magistrado deve atentar quando em sua rotina forense deparar-se com um negócio jurídico processual, com enfoque no atípico.

2.5. Conceito de negócios jurídicos processuais

Ainda neste capítulo introdutório, é importante para o desenvolvimento do trabalho estabelecer o conceito de negócios jurídicos processuais. Na teoria geral do direito, os atos jurídicos *lato sensu*, isto é, os atos derivados da vontade humana dividem-se em atos jurídicos *stricto sensu* e negócios jurídicos.

A distinção entre as duas espécies reside nos efeitos que são produzidos com a prática do ato. Nos atos jurídicos *stricto sensu*, os efeitos decorrentes da prática do ato estão previstos em lei, logo, às partes só resta aderir. Como exemplo pode ser citado o casamento, que é um ato jurídico, cujos efeitos estão previamente estipulados em lei, tais como o dever de alimentos, de fidelidade recíproca, dentre inúmeros outros.

§ 3º A suspensão do processo por convenção das partes, de que trata o no II, nunca poderá exceder 6 (seis) meses; findo o prazo, o escrivão fará os autos conclusos ao juiz, que ordenará o prosseguimento do processo

Por outro lado, no negócio jurídico os efeitos são criados pela vontade das partes, desde que esteja em conformidade com o ordenamento jurídico. Por exemplo, no contrato de doação com encargo, os efeitos são determinados pela vontade das partes, podendo acordar que o recebimento da doação só se concretizará com a realização da condição imposta.

A disciplina processual civil entendida atualmente pela maioria da doutrina como ramo autônomo da ciência do direito, aproveita-se da teoria geral dos fatos jurídicos, adaptando-a às suas particularidades. Neste sentido, o CPC/15 trata tanto dos atos processuais *stricto sensu*, como dos negócios jurídicos processuais.

Alexandre Câmara leciona que os atos processuais são atos jurídicos praticados pelos sujeitos do processo que tem por consequência imediata a constituição, a conservação, o desenvolvimento, a modificação ou a extinção de um processo¹⁸. A partir dessa ideia, surgem classificações dos atos processuais baseadas em diferentes critérios.

Uma das possíveis classificações dos atos processuais leva em consideração o agente responsável pela prática do ato. Sendo assim, os atos processuais podem ser classificados como atos das partes e atos do órgão jurisdicional, o que a doutrina denomina de critério subjetivo de classificação dos atos processuais. Este critério é adotado pelo legislador¹⁹ tanto no código anterior como no atual, conforme depreende-se da divisão nas seções III, IV e V do primeiro título, do primeiro capítulo do Livro IV denominado “Dos Atos Processuais”.

Assim, conforme os ensinamentos do professor Alexandre Câmara, os atos das partes são os atos praticados pelas partes da relação jurídica processual e podem ser divididos em atos postulatórios, atos dispositivos, atos instrutórios e atos reais. Ao passo que os atos do órgão jurisdicional, são aqueles praticados pelo magistrado e seus auxiliares.²⁰

Os atos postulatórios são aqueles que contém algum pleito ao juízo, por exemplo a condenação do réu. Os atos dispositivos são declarações de vontade que dispõem da tutela jurisdicional, como a desistência da ação. Já os atos instrutórios tem por finalidade influenciar

¹⁸ CÂMARA, Alexandre de Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 125-131.

¹⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. vol. 1. 58. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 611.

²⁰ CÂMARA, Alexandre de Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 125-131.

na formação do convencimento do magistrado, tais como os atos probatórios. Além dos atos reais, meros atos naturalísticos decorrentes do processo, como o pagamento das custas.

O negócio jurídico, por sua vez, consiste em um ato de vontade das partes apto a produzir efeitos jurídicos definidos pelas próprias partes. Ou seja, seria uma espécie de ato jurídico *lato sensu* por meio do qual as partes do processo acordam entre si acerca da criação, da modificação ou da extinção de situações jurídicas decorrentes da relação processual estabelecida entre elas.

No campo do processo foi necessária reformulação nessa classificação com o surgimento do instituto dos negócios jurídicos processuais, anteriormente englobado na classificação dos atos dispositivos, pois até então não eram vistos como espécies de negócio jurídico.²¹ Em uma de suas obras Pedro Nogueira define: “Negócio processual é o fato jurídico voluntário, em cujo suporte fático confere-se ao sujeito o poder de escolher a categoria jurídica ou estabelecer, dentro dos limites fixados pelo próprio ordenamento jurídico, certas situações jurídicas processuais.”²²

Também merece ser abordada a definição de Leonardo Cunha²³ que afirma ser a possibilidade que as partes têm de ajustar as regras processuais às particularidades do seu caso concreto, além de poderem negociar sobre ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, no decorrer do processo ou até mesmo antes de instaurado.

Em outras palavras, é todo negócio jurídico que tem por objeto alterar o procedimento, ou dispor sobre as situações jurídicas processuais que são os ônus, direitos, deveres, a legitimidade, a competência e a capacidade das partes. Portanto, todo negócio que tem por objeto a alteração de uma das duas dimensões do processo é considerado negócio processual. Se as partes alteram uma dimensão do processo que é a dimensão fática, do procedimento ou a dimensão da eficácia do processo que é a dimensão das situações jurídicas processuais, tem-se um negócio processual.

²¹ GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*. vol. 1. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 279.

²² NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Sobre os acordos de procedimento no processo civil brasileiro*. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios Processuais*. Salvador: Jus Podvm, 2015. p. 81-93.

²³ CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro*. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios Processuais*. Salvador: Jus Podvm, 2015. p. 27-62.

3. A ATIPICIDADE DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS

3.1. Classificação dos negócios jurídicos processuais

Como a maioria dos institutos jurídicos, os negócios processuais podem ser classificados com base em diferentes critérios, sendo certo que cada doutrinador possui uma classificação própria, mostra-se necessário analisar as classificações mais recorrentes.

Quanto às manifestações de vontade, critério que leva em consideração o número de vontades que corporificam o negócio jurídico, enseja a divisão em negócios unilaterais, formados apenas pela manifestação de apenas uma vontade, como fácil exemplo é a renúncia ou a desistência; negócios bilaterais, formado pela manifestação de duas vontades, como na suspensão convencional do processo possibilitada pelo artigo 313, II do CPC/15; e, por fim, negócios plurilaterais, formados por mais de duas vontades, inclusive a do magistrado, visto no caso da calendarização prevista no art. 191 do CPC/15.

É válido destacar o art. 200 do CPC/15, cuja redação reforça a classificação acima apresentada: “Os atos das partes consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade produzem imediatamente a constituição, modificação ou extinção de direitos processuais”.

Quanto à forma de manifestação da vontade leva-se em consideração a maneira pela qual o sujeito processual exterioriza seu querer. Esta classificação divide os negócios jurídicos em expressos e tácitos, sendo os expressos ocorridos com a manifestação inequívoca e explícita da vontade e, tácitos ocorridos a partir de deduções extraídas de determinados comportamentos no processo. Um exemplo de negócio processual tácito é a ausência de impugnação perante a sucessão processual voluntária que dispõe o art. 109, §1º do CPC/15²⁴, da qual infere-se a concordância da parte. Um exemplo de negócio expresso é a convenção de foro expressa em contrato previamente assinado pelas partes.

²⁴ Art. 109, §1º: O adquirente ou cessionário não poderá ingressar em juízo, sucedendo o alienante ou cedente, sem que o consinta a parte contrária.

Já quanto ao objeto do negócio, leva-se em consideração se o este refere-se a algo do direito material, sendo o próprio litígio objeto da convenção. Como por exemplo, na execução, determinados bens podem ser escolhidos previamente pelas partes, ensejando em um aumento nas possibilidades de impenhorabilidade. Mas o objeto pode também advir do próprio rito processual, como acontece na distribuição do ônus da prova do art. 373, §2º do CPC/15.

Também há classificação acerca do momento de implementação, o negócio processual pode ser prévio ou incidental, isto é, pode ocorrer antes do ajuizamento da demanda, como ocorre na convenção de arbitragem ou no foro de eleição disposto no contrato, ou acontecer como incidente no decorrer de um processo em curso, como na hipótese de alteração de prazos processuais ou aumento do tempo para sustentação oral.²⁵

Contudo, a classificação mais útil para este trabalho é aquela quanto à tipicidade do negócio, pois além de ajudar na compreensão do instituto, nos aproxima do objetivo central do presente estudo. Esta classificação leva em conta a existência de regras que definem os contornos e características do negócio processual. A divisão se dá em negócios processuais típicos e atípicos.

Negócios processuais típicos são aqueles regulados e que possuem suas características essenciais previstas em lei. Como exemplo podem ser citados, novamente a calendarização processual consubstanciada na redação do art. 191, a escolha consensual do *expert* que atuará como perito conforme o art. 471, a suspensão convencional do processo constante no art. 313, II, a alteração do foro de eleição permitido no art. 63 e a convenção sobre ônus da prova no art. 357, §2º, dentre outros localizados no Código de Processo Civil de 2015.

Por seu turno, os negócios processuais atípicos são o oposto. Carregam em sua formação a liberdade de convencionar das partes, não sendo previstas, portanto, suas características essenciais na lei. Esta espécie encontra fundamento legal no art. 190 do CPC/15 e, tem despertado o interesse da doutrina de modo a estabelecer quais seriam as limitações e possibilidades deste tipo de negócio. Nesta esteira, o Enunciado nº 21 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis (FPPC) se posicionou exemplificando possibilidades:

²⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria do direito processual, processo de conhecimento e procedimento comum*. Vol. 1. 58. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 617

Enunciado nº 21 (art. 190) São admissíveis os seguintes negócios, dentre outros: acordo para realização de sustentação oral, acordo para a ampliação do tempo para sustentação oral, julgamento antecipado do mérito convencional, convenção sobre prova, redução de prazos processuais.²⁶

A disposição do art. 190 do CPC/15 inseriu no ordenamento o que a doutrina denomina de “cláusula geral de negociação atípica”. Fredie Didier²⁷ e Daniel Amorim²⁸ são exemplos de doutrinadores que em suas obras fazem uso do termo, espécie de negócio processual que será analisada exclusivamente a seguir.

3.2. Negócios processuais atípicos

Como discorrido anteriormente, os negócios jurídicos processuais podem ser classificados em típicos ou atípicos. Dentre as diferentes possibilidades de negócios processuais, os denominados “atípicos” têm despertado o interesse da doutrina, sobretudo pela possibilidade de criação, por vontade das partes, de novas regras de procedimento, uma vez que seus elementos essenciais não foram disciplinados pelo legislador.

Há quem afirme que já sob a vigência do Código de Processo Civil de 1973 era possível a celebração de negócios processuais atípicos, com fulcro no art. 158, eis sua redação: “Os atos das partes, consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade, produzem imediatamente a constituição, a modificação ou a extinção de direitos processuais”²⁹, não importando o conteúdo do art. 190 do CPC/15 em verdadeira inovação no sistema processual pátrio.

Fato é que o Código de Processo Civil de 2015 inseriu no ordenamento de forma expressa maior liberdade às partes. Neste sentido é o seu art. 190, *in verbis*:

²⁶ Grupo: Negócio Processual; redação revista no III FPPC-Rio. *Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis*. Disponível em: <www.cpcnovo.com.br/wp-content/uploads/2016/06/FPPC-Carta-de-São-Paulo.pdf> Acesso em: 06 dez. 2016. Todos os enunciados do FPPC nesta monografia citados possuem a mesma referência.

²⁷ DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 18. Ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 380.

²⁸ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 303.

²⁹ CAVACO, Bruno de Sá Barcelos. Negócios Processuais: Um velho conhecido? *Net*, Rio de Janeiro, nov, 2014. Disponível em: <<http://portalprocessual.com.negocios-processuais-um-velho-conhecido-/more-990>> Acesso em: 13.03.2017

Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.

A doutrina tem interpretado esta possibilidade de forma bem ampla, como se pode exemplificar através do Enunciado nº 258 do Fórum permanente de Processualistas Cíveis: As partes podem convencionar sobre seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, ainda que essa convenção não importe ajustes às especificidades da causa.

Afinal, de acordo com Bruno Garcia Redondo, “inexiste prévia estipulação das adequações que podem ser efetuados no procedimento, como também não há específica identificação do objeto das convenções das partes em matéria processual”³⁰, do mesmo modo, o legislador não cuidou em elencar de forma exaustiva todos os alcances e os limites desses negócios processuais, o que torna-se imperativo para a análise da posição do magistrado frente à atipicidade.

Desta forma, a inserção desse tipo de previsão no ordenamento obriga uma interpretação conjunta dos dispositivos do novo código com a amplitude do art. 190 do CPC/15. Fazendo esta interpretação conjunta, suscita Fredie Didier Jr. a possibilidade de litisconsórcio necessário por força de negócio jurídico.³¹ Em razão da possibilidade de convencionar antes de instaurado o processo, pode-se imaginar que um contrato preveja a obrigatoriedade de se demandar em face de todos os contratantes ou membros de uma determinada relação fática, de modo a compor o pólo ativo ou passivo. Exemplifica o doutrinador com o acordo de um quotista ou ainda um acordo de direito de família, cujo teor discipline a gestão ou a sucessão do patrimônio familiar.

Logo, este instituto reserva aos operadores do direito de um modo geral, o necessário enfrentamento de possibilidades das partes firmarem negócios processuais com base na cláusula

³⁰ REDONDO, Bruno Garcia. Negócios Processuais: necessidade de rompimento radical com o sistema do CPC/1973 para a adequada compreensão da inovação do CPC/2015. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 419, p. 9-16. ago. 2015.

³¹ DIDIER, Fredie. Novo CPC. Litisconsórcio necessário por força de negócio jurídico. *Net*, Bahia, out. 2014. Editorial 184. Disponível em <www.frediedidier.com.br/editorial/editorial-184/> Acesso em: 22 abr. 2017.

de atipicidade, ora ventilada e em contrapartida, também os cabe estabelecer e interpretar quais são os limites intangíveis para que o acordo das partes seja válido e principalmente eficaz. Neste sentido, passamos a discorrer pontualmente sobre determinados limites que a doutrina já consagra como imperativos para a análise do juiz.

3.3. Limites à atipicidade

Como afirma Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Júnior, para existir um negócio processual, resta evidenciado que necessita de um poder de autorregramento da categoria jurídica no campo processual, conforme estabelecido na cláusula geral inserida pelo art. 190 do CPC/15.³² Em outras palavras, a existência depende da vontade de seus atores processuais, posto que tal instituto está inserido no campo da autonomia. Adentrando a este mérito, seguindo as lições de Pontes de Miranda, estar-se-ia analisando o plano de existência do negócio processual.³³

Quanto ao plano de validade, isto é, ausência de incompatibilidades na estrutura do negócio, analisando apenas a redação do dispositivo 190 do CPC/15, depreende-se que a celebração do negócio processual pressupõe: (i) direito material que admita autocomposição; (ii) partes plenamente capazes; (iii) tratar sobre ônus, poderes, faculdades e deveres processuais. Entretanto, estes requisitos não representam uma enumeração taxativa, conforme se verá a seguir.

Inicialmente, posto serem negócios jurídicos devem ser observados os mesmos requisitos inerentes aos contratos, ou seja, além da capacidade das partes contratantes, a licitude do objeto e a forma prescrita ou não defesa em lei. Quanto as partes, estas devem ser plenamente capazes conforme dispõem o próprio art. 190 do CPC/15. Para Fredie Didier Jr. a capacidade exigida pela lei é a capacidade processual negocial, ou seja, a capacidade de postulação sem necessidade de representação ou assistência. É a aptidão de ir ao judiciário praticando atos de parte. De

³² ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues. *Negócios jurídicos materiais e processuais – existência validade e eficácia – campo-invariável e campos dependentes: sobre os limites dos negócios jurídicos processuais*. In: DIDIER JR., Fredie. *Negócios Processuais*. Coleção Grandes temas do novo CPC. 2. Ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 267.

³³ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, T. III. Rio de Janeiro: Borsói, 1954. *apud* ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues. *Negócios jurídicos materiais e processuais – existência validade e eficácia – campo-invariável e campos dependentes: sobre os limites dos negócios jurídicos processuais*. In: DIDIER JR., Fredie. *Negócios Processuais*. Coleção Grandes temas do novo CPC. 2. Ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 255-280

acordo com o art. 70 do CPC/15, tal capacidade é conferida às pessoas que se encontrem no gozo do exercício de seus direitos.³⁴

Sobre as partes que podem celebrar negócio processual, é válido abordar que a doutrina não encontra impedimento para que a Fazenda Pública seja parte na celebração de negócio jurídico processual. Neste sentido, é o Enunciado nº 256 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis: “A Fazenda Pública pode celebrar negócio processual.”

E também não há óbice para que o Ministério Público, assim é o Enunciado nº 253 também do FPPC: “O Ministério Público pode celebrar negócio processual quando atua como parte.” Esse posicionamento, inclusive, corrobora com o conselho nacional do Ministério Público que através da resolução nº 118, publicada em 27 de janeiro de 2015 dispôs sobre incentivo à autocomposição e estabeleceu liames para o órgão negociar:

Art 8º A negociação é recomendada para as controvérsias ou conflitos em que o Ministério Público possa atuar como parte na defesa de direitos e interesses da sociedade, em razão de sua condição de representante adequado e legitimado coletivo universal (art. 129, III, da CR/1988);

Parágrafo único. A negociação é recomendada, ainda, para a solução de problemas referentes à formulação de convênios, redes de trabalho e parcerias entre entes públicos e privados, bem como entre os próprios membros do Ministério Público.³⁵

Ainda sobre as partes, o enunciado nº 155 do FPPC também merece destaque por entender que o negócio processual vincula os herdeiros e sucessores da parte que o celebrou: “O negócio jurídico celebrado nos termos do art.190 obriga herdeiros e sucessores.”

Acerca do objeto, como já mencionado, este encontra proibição no que tange aos direitos os quais não admitem autocomposição. Tal requisito, à primeira vista, pode sugerir que são inadmissíveis negócios jurídicos processuais em demandas que versem sobre direitos indisponíveis. Porém, há significativa diferença entre processo que verse sobre direito indisponível e processo que verse sobre direitos que admitam autocomposição.

³⁴ DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 18. Ed. Salvador: Jus Podvim, 2016. p. 384-385.

³⁵ BRASIL. Resolução nº 118, de 1º de dezembro de 2014. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 27 jan. 2015. Disponível em: < <http://www.cnmp.mp.br/portal/atos-e-normas/norma/154/&highlight=WyJyZXNvbHVcdTAwZTNvIiwxMTgsInJlc29sdVx1MDBIN1x1MDBIM28gMTE4Il0=> > Acesso em: 22 mai. 2017.

Por exemplo, em uma ação de alimentos cujo direito é indisponível, pode ser facilmente convencionada a medida que são discutidos o valor, a forma de pagamento e a duração da prestação alimentícia. Portanto, o direito que alude o CPC não se confunde com direitos indisponíveis, para ilustrar pode ser citado o art. 17 da Lei 8.429/92, cujo teor proíbe transação com relação às penalidades cominadas para os atos de improbidade. Nesta toada é o Enunciado nº 135 do FPPC: “A indisponibilidade do direito material não impede, por si só, a celebração de negócio jurídico processual.”

Seguindo a análise dos limites às convenções processuais, não se pode olvidar que o elemento “objeto” ainda pode confrontar o que se chama de “ordem pública processual”, uma vez que deve haver não só a concretização de interesses privados, mas também de públicos, através do processo. Leonardo Greco sustenta que a ordem pública processual representa a existência de princípios que não podem ser afastados, cuja aplicação é absoluta, tais como: a independência, imparcialidade e competência do magistrado, a capacidade das partes, princípios constitucionais, dentre outros³⁶.

Pode-se inferir que o termo ordem pública é utilizado para estabelecer interesse públicos intocáveis nas convenções estabelecidas por força da autonomia da vontade das partes e do próprio juiz. Esse limite inserido no contexto do Estado democrático de direito reflete segurança aos litigantes de direitos e garantias fundamentais no processo. Sobre o assunto, a Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM) estabeleceu entendimento sobre algumas restrições por meio do enunciado nº 37:

37) São nulas, por ilicitude do objeto, as convenções processuais que violem as garantias constitucionais do processo, tais como as que: a) autorizem o uso de prova ilícita; b) limitem a publicidade do processo para além das hipóteses expressamente previstas em lei; c) modifiquem o regime de competência absoluta; e d) dispensem o dever de motivação.³⁷

Ainda pensando nos limites, no que tange a possibilidade de alteração do procedimento, Guilherme Rizzo encontra óbice em alterações que comprometam a razoável duração do

³⁶ GRECO, Leonardo. *Novas perspectivas da efetividade e do garantismo processual*. In: Maria Angélica Echer Ferreira Feijó (org.) *Processo Civil – Estudos em homenagem ao professor doutor Carlos Alberto Álvaro de Oliveira*. Rio de Janeiro: Atlas, 2012. p. 283

³⁷ ESCOLA NACIONAL DE FORMAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO DE MAGISTRADOS. Enunciados aprovados. *Seminário: O poder judiciário e o novo código de processo civil*. Disponível em: <<http://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERS%C3%83O-DEFINITIVA-.pdf>> Acesso em: 12 jan. 2017. p. 4

processo e as que onerem de alguma forma o judiciário, visto que a jurisdição estatal é movida por recursos públicos. A opção por convencionar diante da prestação jurisdicional não pode afetar os gastos naturais de um processo.³⁸

Sob a égide do princípio da instrumentalidade das formas, os negócios processuais atípicos também estão submetidos ao Código Civil, mais especificamente as regras de nulidade e anulabilidade. Portanto, não é possível que o negócio processual seja, por exemplo, simulado ou constituído com a intenção de fraudar à lei, sob pena de violação aos artigos 167 e 166, VI, CC/2002.

Outro ponto importante para a análise diz respeito a impossibilidade de inserção de negócios jurídicos atípicos em contratos de adesão, pela própria incompatibilidade. O contrato de adesão pressupõe que à parte aderente não foi dada chance de discutir as cláusulas, limitando sua vontade apenas na concordância ou não com o todo. Sabendo disso, cuidou o legislador de inserir de maneira expressa no parágrafo único do art. 190 do CPC/15 supramencionado, através do controle conferido ao magistrado, a invalidade no caso de inserção abusiva.

Do mesmo dispositivo, também depreende-se a invalidade do negócio processual atípico quando a parte está em situação de vulnerabilidade. Este tema não é simples, posto que existem diversas espécies de vulnerabilidade. Conforme elucida Cláudia Marques Lima³⁹, no âmbito do direito consumerista, por exemplo, podemos encontrar três espécies de vulnerabilidade, quais sejam: técnica, jurídica e fática ou econômica.

A vulnerabilidade técnica seria a ausência de conhecimentos específicos sobre o produto ou serviço, a vulnerabilidade jurídica seria a ausência de conhecimentos perante o poder judiciário, uma vez que na maioria das vezes os consumidores lidam com litigantes frequentes nos tribunais de todo o país, além da vulnerabilidade econômica que seria o menor poder aquisitivo do consumidor. Ao passo que o legislador não especificou qual a espécie de vulnerabilidade a ser observada, subentende-se que a característica seja abarcada de forma ampla, podendo neste caso ser realizada uma interpretação extensiva.

³⁸ AMARAL, Guilherme Rizzo. *Comentários às alterações do novo CPC*. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 293

³⁹ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor*. 4. ed. São Paulo: RT, 2003. p. 148.

Diante desse cenário, é difícil pensar os negócios processuais no campo consumerista. Analisando essa temática, Humberto Dalla encontra algumas dificuldades. A primeira seria que o Código de defesa do consumidor são normas de ordem pública, ou seja, não podem ser afastadas pela vontade das partes, além disso a própria legislação reconhece a vulnerabilidade do consumidor e estabelece no rol de seus direitos a vedação à modificação de cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou demasiadamente onerosas.⁴⁰

Ainda cumpre elucidar o requisito da forma. Em regra, os negócios processuais atípicos independem de forma determinada, conforme nos ensina Fredie Didier Jr. Entretanto, há casos em que a lei exige expressamente a forma escrita, por exemplo, para convenção de arbitragem (art. 4º, §1º da Lei 9.307/96) ou cláusula de eleição de foro (art. 63, §1º do CPC/15).

Ato contínuo, seguindo os três planos, perfazendo o plano da eficácia, a própria legislação processual civil parece não dar espaço a dúvidas impondo como regra geral a eficácia imediata das convenções processuais. O controle que será exercido pelo magistrado é posterior e restrito aos campos da existência e validade do negócio. Este é o entendimento do *caput*, do art. 200: “Os atos das partes consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade produzem imediatamente a constituição, modificação ou extinção de direitos processuais.”

Coube a lei especificar os casos que dependem de homologação judicial e, sendo assim, só produzirão efeitos após homologação. Podem ser citadas a previsão do parágrafo único do art. 200 do CPC/15 acerca da desistência da demanda, *in verbis*: “A desistência da ação só produzirá efeitos após homologação judicial.” Na mesma pegada, a previsão do art. 357, §2º do CPC/15, sobre a organização consensual do processo, senão vejamos:

Art. 357. Não ocorrendo nenhuma das hipóteses deste Capítulo, deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo:

I - resolver as questões processuais pendentes, se houver;

II - delimitar as questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória, especificando os meios de prova admitidos;

III - definir a distribuição do ônus da prova, observado o art. 373;

IV - delimitar as questões de direito relevantes para a decisão do mérito;

(...)

§ 2º As partes podem apresentar ao juiz, para homologação, delimitação consensual das questões de fato e de direito a que se referem os incisos II e IV, a qual, se homologada, vincula as partes e o juiz.

⁴⁰ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Direito processual civil contemporâneo: teoria geral do processo*. 7ª Ed. São Paulo. Saraiva, 2017. p. 483

Logo, depreende-se da leitura atenta da própria lei que a regra é a produção de efeitos imediatos, sem necessidade de homologação para produzir tais efeitos e que a mesma legislação cuidará das hipóteses excepcionais a este procedimento.

Diante dos limitadores que o código de processo civil de 2015 tratou de elencar juntamente com a previsão da cláusula geral de negociação e também àqueles apontados pela doutrina como implícitos, depreende-se que a autonomia das partes não é absoluta em matéria processual e, em consonância com o objeto central, caberá ao juiz observar os possíveis vícios dos acordos processuais submetidos a sua apreciação no decorrer do processo, ainda que firmados em momento anterior, visto serem implementados de fato sob a apreciação do magistrado.

3.4. Utilidade da previsão de uma cláusula geral sobre negócio jurídico processual

Coube ao presente capítulo dedicar-se sobre a previsão do art. 190 do CPC/15, na tentativa de expor os seus principais desdobramentos. Como tudo que é novo, a inserção da cláusula geral pode causar estranheza e desconfiança aos aplicadores do direito, porém oferece algumas vantagens que merecem ser expostas no encerramento do presente capítulo.

Vale ressaltar a diferença entre conceitos vagos e indeterminados e as cláusulas gerais. Os conceitos são vagos ou indeterminados se não permitirem compreensão absolutamente clara quanto ao seu conteúdo, seja por ambiguidade, polissemia, vaguidade, porosidade, ou ainda esvaziamento do termo utilizado. Por sua vez, as cláusulas gerais são expressões de conteúdo também vago, cuja permeabilidade de suas palavras capacitam a legislação a se adequar a quaisquer novas situações relevantes para o direito.⁴¹

Todavia, as cláusulas gerais possuem conteúdo mais abrangente do que normas que contém algum conceito vago ou indeterminado em sua formação. Isto posto, são relevantes na medida em que permitem que o futuro também esteja regulamentado através dessas cláusulas, caso alterado.

⁴¹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DANTAS, Bruno. *Recurso Especial, Recurso Extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 210

Como cediço, a legislação de forma geral não consegue abarcar todas as situações jurídicas que podem ocorrer na sociedade, uma vez que são constantes as mudanças de costumes e pensamentos, dos ideais políticos, os problemas sociais e os avanços tecnológicos. Todos esses são fatores os quais contribuem para que a sociedade torne-se cada vez mais complexa. Neste sentido, o Direito procura acompanhar essas mudanças na intenção de adequar o ordenamento jurídico ao pensamento contemporâneo que se impõe.

Contudo, deve haver um consenso acerca do significado e alcance dessa cláusula pela necessidade de respeito aos princípios da legalidade e isonomia que não podem ser olvidados. A cláusula geral deve indicar um norte para o intérprete, levando em consideração que só será aplicada a determinado caso concreto se ausente norma específica. Portanto, só cria direitos, se estes forem compatíveis com os já criados por norma positivada.⁴²

Conforme apontado inicialmente, o art. 190 do CPC/15 colocou fim às dúvidas sobre a possibilidade ou não de convencionar de modo diferente ao disposto em lei. Encerra-se esta discussão, pois a defesa de argumento contrário, atualmente, seria *contra legem*. Cabendo a doutrina e a jurisprudência perfazer os elementos vagos quando da utilização do referido artigo.

Indubitavelmente, com a possibilidade de maior participação e poder de decisão no decorrer do processo, aos jurisdicionados é garantida maior flexibilidade e proximidade a desfecho mais rápido e satisfatório para todos os envolvidos. Ninguém melhor do que os próprios requerentes para melhor adequarem seus casos concreto ao procedimento e regras estabelecidos.

Além do que, como bem pontua Antônio do Passo Cabral, a previsão de uma cláusula geral evita inúmeros problemas decorrentes da interpretação extensiva de acordos típicos⁴³, a qual enfraqueceria o código na medida em que permitiria englobar mais objetos dos que os previstos literalmente, acarretando também em possível contrariedade à intenção do legislador.

⁴² Idem. p. 233.

⁴³ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções Processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 149

4. O PAPEL DO JUIZ EM FACE DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS ATÍPICOS

4.1. Juiz como sujeito dos negócios processuais

Vistos os pontos relevantes acerca dos negócios jurídicos processuais atípicos, sobretudo seus limites, adentraremos no objeto central do presente estudo, qual seja, analisar a posição do magistrado em face dos negócios jurídicos processuais, em especial os atípicos. Perpassando pelos principais questionamentos acerca da influência que o magistrado pode sofrer com o negócio processual atípico.

Como sujeitos da relação jurídica processual temos o autor, aquele que deduz pretensão em juízo e o réu, em face de quem a pretensão é deduzida. Além disso, é inegável que o magistrado também assume posição de sujeito na relação jurídica processual, diante do conceito moderno e publicístico do direito de ação, não mais se pode admitir a chamada *teoria linear* de Köhler, segundo a qual os direitos e deveres do processo se estabeleceriam apenas entre o autor e o réu, equiparando a relação de direito material com a relação processual⁴⁴.

Além disso, com o novo marco do processo cooperativo, também é possível afirmar que o juiz é sujeito do diálogo processual. Não há possibilidade para dúvidas, uma vez que houve a inserção do princípio da cooperação explicitamente no código de processo civil de 2015 colocando os atores do processo em posição de simetria, afastando a ideia de um processo hierarquizado. Em consonância também houve a inclusão do princípio do contraditório, que deve incidir sobre todos os sujeitos do processo, inclusive estendendo-se ao juiz, não devendo ser enxergado como direito exclusivo do réu.

Seguindo este raciocínio, traçando um paralelo com o instituto dos negócios jurídicos processuais, surge o questionamento se o magistrado seria ou não sujeito negociante. E, sobretudo, se seria possível a este a realização de negócios jurídicos processuais judiciais.

⁴⁴ THEODORO JÚNIOR. Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria do direito processual, processo de conhecimento e procedimento comum*. Vol. 1. 58. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 916

Pedro Nogueira, apoiado pela análise da obra de Kelsen⁴⁵, infere que a capacidade negocial não é compatível com a função jurisdicional atribuída ao magistrado, sendo imparcial e não possuindo interesses próprios na relação jurídica. E, ainda que adentremos à ideia de que o juiz age voluntariamente em seu campo limitado de escolha quanto ser humano exercendo seu labor, ainda sim esta vontade estaria vinculada total ou parcialmente⁴⁶.

O próprio direito positivo admite a celebração de negócios jurídicos processuais típicos com a participação do juiz como sujeito. Exemplo inequívoco está no art. 191 do CPC/15, cujo teor permite a calendarização dos atos processuais, não simplesmente submetida à homologação, mas com pressuposição de efetiva participação do juiz, *in verbis*:

Art. 191. De comum acordo, o juiz e as partes podem fixar calendário para a prática dos atos processuais, quando for o caso.

§ 1º O calendário vincula as partes e o juiz, e os prazos nele previstos somente serão modificados em casos excepcionais, devidamente justificados.

§ 2º Dispensa-se a intimação das partes para a prática de ato processual ou a realização de audiência cujas datas tiverem sido designadas no calendário.

Antônio do Passo preceitua as partes no acordo processual são aquelas que se vinculam voluntariamente por possuírem capacidade processual, não podendo equivaler as partes do processo às partes do acordo processual⁴⁷, eis que é lícito celebrar negócio processual anterior ao ajuizamento de demanda, conforme a parte final do art. 190 do CPC/15. Em outras palavras, existiria uma diferença entre partes do acordo, e partes do processo, sendo que o magistrado poderia se vincular a esta.

Adentrando na especificidade dos negócios processuais atípicos, para Fredie Didier não há razão para que seja proibida a inclusão do órgão jurisdicional na convenção deste tipo de acordo. Para reforçar sua posição elenca os seguintes argumentos: (i) há exemplos de negócios processuais plurilaterais típicos envolvendo o juiz; (ii) não há qualquer prejuízo as partes envolvidas, pelo contrário, a participação do juiz implicaria em uma fiscalização imediata; (iii) por fim, pela possibilidade de poder negociar sem o juiz ser mais radical do que a possibilidade

⁴⁵ Kelsen, Hans. Teoria Pura do Direito. p. 206 *apud* CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções Processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016.

⁴⁶ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções Processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 224

⁴⁷ Idem. p. 219

de negociar com a participação do juiz, pela máxima do direito de quem pode mais pode menos.⁴⁸

Exemplifica Didier com a execução negociada de sentença que determina a implantação de política pública. De forma superficial, tal negociação seria o acordo para implementação da sequência procedimental e cronológica da implantação prática da política pública, uma vez que esta pressupõe uma série de atos que a tornam complexa.

Pensar o juiz atuando como sujeito do negócio processual não implica na afirmação de que este possuirá qualquer interesse que gere imparcialidade no processo e no resultado final. Seria retrógrado impedir o juiz de atuar mais ativamente adequando e permitindo as modificações de acordo com os casos concretos. Equivaleria caminhar em sentido oposto a proposta do novo código de processo civil e aos avanços que ele trouxe.

4.2. Negócios processuais que influenciam na situação jurídica titularizada pelo juiz

É possível que o juiz atue não só para que o negócio processual produza efeitos através da homologação, ou ainda no exercício do controle de validade, mas também para que o seu agir seja um dos requisitos formadores do negócio, tornando o negócio jurídico processual válido.

Em geral, os negócios processuais não influenciam na situação jurídica titularizada pelo magistrado, uma vez que atua como mero verificador da validade, ou quando for o caso, homologador. Conforme preceitua Fredie Didier, a necessidade de homologação é condição legal de eficácia do negócio jurídico processual⁴⁹. Posto ser condição de eficácia, é requisito obrigatório para produção de efeitos no mundo jurídico, inclusive não podendo ser afastado pelas partes.

Em consonância com este entendimento doutrinário é o enunciado nº 260 do FPPC, que trata especificamente sobre condição de eficácia: “A homologação, pelo juiz, da convenção processual, quando prevista em lei, corresponde a uma condição de eficácia do negócio.”

⁴⁸ DIDIER JR. FREDIE. *Curso de Direito Processual Civil*. 18. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 383

⁴⁹ Idem. p. 390.

Em outro plano, é possível que os negócios processuais influenciem na situação jurídica do magistrado, em pontuais situações nas quais o legislador exige que o juiz manifeste-se no sentido de compor o negócio, cuja ausência importa na invalidade.

Neste sentido, os negócios objetos desta situação são os plurilaterais. Conforme analisa Murilo Teixeira⁵⁰, o juiz seria co-declarante no negócio processual que disponha sobre situação jurídica por ele titularizada, ou seja, algum ônus, dever, poder a ele atribuído. Ainda segue especificando que como o legislador quis delimitar as hipóteses nas quais se faz necessária a participação do juiz, e estas referem-se apenas aos negócios processuais típicos, não poderia o magistrado ser sujeito de negócio processual atípico.

Quando o legislador especificou no art. 190 do CPC/15 que são permitidas convenções que versem sobre direitos que admitam autocomposição, deixa subentendido que tal dispositivo não se aplica ao juiz, visto que não titulariza pessoalmente direito, na medida que atua meramente como representante do Estado no exercício da jurisdição. Diferente das partes que titularizam situações jurídicas relativas ao processo e ao direito material objetivo, o juiz somente titulariza situações jurídicas relativas ao processo, estando fora do seu alcance dispor sobre o direito material discutido.⁵¹

Seguindo este posicionamento, além disso, valendo-se de uma interpretação literal do referido artigo, o comando legal direciona-se *as partes*, depreendendo-se que o magistrado estaria realmente excluído da possibilidade de mudanças no procedimento a partir de negócio processual atípico. Logo, a capacidade negocial do juiz é limitada às hipóteses que a lei lhe permite exercer tal condição.

4.3. As funções do juiz diante dos negócios jurídicos processuais atípicos

Dentre os inúmeros princípios que regem a figura do magistrado no processo civil brasileiro, encontramos o princípio da inércia do juiz e o princípio do impulso oficial, aparentemente contraditórios, mas que se analisados individualmente com o papel do juiz no decorrer da ação judicial fica claro a necessidade de ambos no ordenamento jurídico brasileiro.

⁵⁰ AVELINO, Murilo Teixeira. A posição do magistrado em face dos negócios processuais. *Revista de Processo*. Vol. 246. Ano 40. p. 219-238. São Paulo: Ed. RT, ago. 2015. p. 231.

⁵¹ Idem. p. 234.

O princípio da inércia condiciona as decisões judiciais, limitando-se ao petitório das partes e às matérias de ordem pública compreendidas pelo seu agir de ofício, ao passo que o princípio do impulso oficial visa assegurar a continuidade dos atos procedimentais e seu destino ao resultado satisfatório e rápido do processo.

Além disso, também se impõem a imparcialidade do juiz como pressuposto subjetivo de validade do processo, através da qual cabe ao magistrado exercer a função jurisdicional de forma equidistante das partes, sem pretensão de favorecer uma parte específica em detrimento da outra. Ou seja, sem demonstrar interesse pessoal na resolução do caso concreto. Sua inobservância é tão grave que gera a nulidade do processo. Entretanto, ser imparcial não significa que o magistrado deva ser desinteressado, este ao contrário, deve inclusive se valer do impulso oficial, para oportunizar os próximos atos, uma vez que são destinadas ao juiz todas as petições, as quais veiculam o petitório das partes.

Em meio a essas noções básicas e, principalmente, sem ultrapassá-las, é preciso inserir a atuação do magistrado com os denominados negócios jurídicos processuais. Como exposto em capítulo anterior, cabe ao juiz estimular a formação do acordo, tentando a qualquer tempo conciliar as partes. Seguindo este raciocínio, é perfeitamente plausível que o juiz fomente o uso de instrumentos que promovam a auto resolução do conflito, tais como os negócios jurídicos processuais, especialmente os incidentais.

Importante relembrar neste tópico que este incentivo advém do princípio da cooperação expressamente disposto no código de processo civil de 2015 em seu art. 6º, pois incumbe ao Estado-juiz enquanto representante dos interesses públicos promover da melhor forma possível os meios para alcançar a resolução, o que será melhor provido com o auxílio e visão dos próprios interessados.

Isto reforça a visão discorrida por Bruno Garcia Redondo⁵² de como o agir no processo civil desdobra-se em ao menos quatro deveres para o magistrado: (i) esclarecimento, (ii) consulta, (iii) prevenção e (iv) auxílio.

⁵² REDONDO, Bruno Garcia. Princípio da Cooperação e Flexibilização do procedimento pelo juiz e pelas partes. In: FREIRE, Alexandre; DELFINO, Lúcio; OLIVEIRA, Pedro Miranda de; RIBEIRO, Sérgio Luiz de Almeida. *Processo Civil nas tradições brasileira e iberoamericana*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2014. p. 127-130.

O dever de esclarecimento diz respeito ao juiz esclarecer junto às partes acerca de suas próprias dúvidas sobre as postulações, a fim de evitar proferimento de decisões fundadas em percepções equivocadas, além de garantir que seus pronunciamentos sejam claro e adequados à prestação jurisdicional.

Por sua vez, o dever da consulta implica na concretização do contraditório, na hipótese de decisão, ainda que de ofício, a ser submetida ao crivo das partes. Dever este que nos remeter a outro princípio importante, o contraditório. A medida em que o processo se abre em definitivo à cooperação, é imperioso valorizar a participação de todos os atores processuais envolvidos, principalmente acerca de uma decisão.

Desta forma, ainda que o magistrado possa agir de ofício em certas questões processuais, a regra é que seja aberta oportunidade de manifestação às partes, sob pena de decisão surpresa, o que é vedado pelo próprio código de processo civil de 2015 em seu art. 10, conforme redação:

Art. 10: O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

O dever de prevenção compreenderia outros deveres, quais sejam: fiscalização com o objetivo de evitar atos processuais desnecessários, além de possíveis erros; identificação dos erros sanáveis, com imediata ordem de correção; e, apontamento das deficiências nas postulações de ambas as partes, para que sejam supridas. Por fim, como último dever, Bruno Garcia Redondo elenca o dever de auxílio, que pode ser traduzido na colaboração do juiz para viabilizar, de acordo com as peculiaridades do caso, a solução às dificuldades que surgem no decorrer do processo e que de alguma forma impedem as partes de exercer deveres ou até mesmo seus próprios direitos.⁵³

Consoante a este entendimento, quis o legislador na disposição dos deveres do juiz elencados na nova legislação processual estabelecer expressamente a preocupação com o dever de fomento e incentivo, não especificamente aos negócios jurídicos processuais, mas aos meios e instrumentos necessários a autocomposição, dentro dos quais podem ser entendidos os negócios. Assim, o que ocorreu foi a ampliação dos deveres do juiz, uma vez que o CPC/73

⁵³ Idem. p. 130

tratava dos deveres do magistrado no revogado artigo 125, que continha apenas quatro incisos, correspondentes aos atuais I, II, III e V do art. 139, CP/15, que atualmente conta com dez incisos.

O supracitado art. 139 do CPC/15 consagra o juiz como gestor do processo ao determinar que este deverá dirigi-lo de modo a: (i) assegurar a igualdade das partes; (ii) velar pela razoável duração do processo; (iii) prevenir ou reprimir ato contrário à dignidade da justiça; (iv) determinar medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias para assegurar o cumprimento da ordem judicial; (v) promover a autocomposição; (vi) dilatar prazos processuais; (vii) alterar a ordem de produção das provas; (viii) exercer o poder de polícia; (ix) alterar o comparecimento das partes para inquiri-las; e, por fim, (x) determinar o suprimento dos pressupostos processuais e o saneamento de vícios.

Outra tarefa do juiz que pode ser extraída de seu próprio mister é o exercício do controle ou fiscalização judicial. Esta é função precípua para garantir às próprias partes seus direitos processuais. Conforme exposto no segundo capítulo, há uma série de requisitos que devem ser entendidos como limitadores da convenção atípica, e cabe ao juiz verificar a atenção das partes para com os limites legais.

Diante dessa exposição é de grande importância a condução que o magistrado exerce no processo, impulsionando, fiscalizando e sobretudo decidindo as controvérsias. Dentro da temática que ora é analisada, cumpre elucidar os limites e influências na atuação do magistrado possibilitados pela inserção na legislação processual civil dos negócios jurídicos processuais atípicos.

4.4. Possibilidade de limitação dos poderes do juiz por meio dos negócios processuais atípicos

Posto a ampla disposição do art. 190 do CPC/15, a qual consagra a celebração de convenções para alterar o procedimento e também para dispor a respeito do ônus, deveres, poderes e faculdades, uma das discussões que surge na doutrina e, com certeza, será abarcada de alguma forma pela jurisprudência, é a possibilidade dos jurisdicionados por meio de negócio processual atípico regularem os poderes conferidos ao magistrado para a gestão do processo.

Em um primeiro momento, pode parecer absurdo imaginar que o juiz em toda sua importância, sendo a representação do Estado, dotado de jurisdição, possa sofrer restrições em seu mister institucional por meio da vontade das partes, as quais escolheram submeter suas controvérsias à apreciação de algum órgão judicial posteriormente definido. Porém, será relevante estabelecer a interpretação que deverá ser realizada ao dispositivo sobre esta questão, pois não é impossível que as partes usem o instituto com esta finalidade.

Para Humberto Theodoro Jr., a possibilidade das partes convencionarem sobre ônus, poderes, deveres e faculdades não compreende os poderes conferidos ao juiz, apenas limitando-se aos próprios poderes processuais. Assim, não é cabível negociar sobre o controle dos requisitos de admissibilidades de um recursos ou das condições da ação ou ainda vetar a permissiva legal da iniciativa probatória, por exemplo, e nem qualquer outra atribuição que envolva matéria de ordem pública inerente à função jurisdicional.⁵⁴

Converge com esta ideia Medina, ao afirmar que o negócio processual não pode criar deveres para o órgão jurisdicional, nem limitar deveres que a jurisdição estatal possui no mister da administração da justiça. Para ele, rigorosamente o negócio seria ineficaz já que atingiria a esfera jurídica de alguém que dele não participou, o que motivaria a decretação da nulidade.⁵⁵

Sobre o assunto, a magistratura se opôs a interpretação ampla, do dispositivo em detrimento dos poderes-deveres dos magistrados, como se verifica no Enunciado nº 36 da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM):

36) A regra do art. 190 do CPC/2015 não autoriza às partes a celebração de negócios jurídicos processuais atípicos que afetem poderes e deveres do juiz, tais como os que: a) limitem seus poderes de instrução ou de sanção à litigância ímproba; b) subtraíam do Estado/juiz o controle da legitimidade das partes ou do ingresso de *amicus curiae*; c) introduzam novas hipóteses de recorribilidade, de rescisória ou de sustentação oral não previstas em lei; d) estipulem o julgamento do conflito com base em lei diversa da nacional vigente; e e) estabeleçam prioridade de julgamento não prevista em lei.⁵⁶

⁵⁴ THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. vol. 1. 58. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 616

⁵⁵ MEDINA, José Miguel Garcia. *Curso de direito processual civil moderno*. 3. ed. São Paulo. RT. 2017. p. 317

⁵⁶ ESCOLA NACIONAL DE FORMAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO DE MAGISTRADOS. Enunciados aprovados. *Seminário: O poder judiciário e o novo código de processo civil*. Disponível em: <<http://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERS%C3%83O-DEFINITIVA-.pdf>> Acesso em: 12 jan. 2017. p. 4

As hipóteses mencionadas no referido enunciado não tratam, evidentemente, dos possíveis negócios processuais de forma exaustiva. Outras situações serão permanentemente objeto de análise, sendo impossível adiantar todos os possíveis negócios processuais atípicos. Contudo, restou claro a oposição firmada pelos magistrados na tentativa de se preservarem das limitações justificadas por esta espécie de negócio processual.

No mesmo sentido, Daniel Amorim interpreta o artigo 190 do CPC/15 enxergando uma limitação para a vontade das partes restritas às próprias posições jurídicas, não podendo intervir nos poderes-deveres do juiz, em outras palavras, não podendo dispor de uma posição processual da qual não sejam titulares. Em outras palavras, as partes estariam limitadas a dispor somente sobre o próprio agir no processo. E segue o autor exemplificando situações em que fica claro a impossibilidade de dispor das partes através de negócio:

Há exemplos em que claramente não há poder de disposição das partes, como ocorre no dever do juiz de observar e exigir a boa-fé processual (art. 5º, Novo CPC), o dever de decidir com fundamento na legalidade (art.6º, Novo CPC), o dever de fundamentação de suas decisões (art. 489, §1º, Novo CPC, c.c. art. 93, IX, CF), o dever de decidir conforme súmulas e precedentes com eficácia vinculante (art. 927, Novo CPC) etc.⁵⁷

Leonardo Greco⁵⁸ classificou os negócios jurídicos processuais em três espécies: (i) a primeira espécie composta de acordos ou contratos que afetam apenas direitos das partes; (ii) a segunda espécie são negócios que afetam poderes do juiz, que por força de lei podem ser limitados pela conjugação da vontade das partes; (iii) a terceira espécie são convenções que limitam os poderes do juiz, mas se perfazem com a conjunção de vontades tanto das partes como do magistrado. Dessa classificação percebe-se que Leonardo Greco vê potencial nos negócio jurídicos processuais limitarem de alguma forma os poderes do magistrado.

Nas duas primeiras espécies elencadas por Leonardo Greco, estariam os negócios processuais que, embora estejam sujeitos ao controle de legalidade do juiz, se perfazem pela disposição da vontade dos jurisdicionados. Já a última espécie supramencionada depende de uma manifestação conjunta, o que inclui o julgador. Exemplo claro desta última espécie é a

⁵⁷ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. Ed. Juspodivm: Salvador, 2016. p. 305

⁵⁸ GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*. vol. 1. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 279.

calendarização do processo possível pelo art. 191 do CPC/15 que afeta o poder do impulso processual e de direção do processo.

Ao tratar especificamente da cláusula geral trazida pelo atual código no art. 190, Leonardo Greco a classifica na terceira espécie. Diante dessa cláusula, enxerga a possibilidade de limitações aos poderes do juiz ou aos deveres das partes para com o juiz. Além disso, diante desse cenário, entende ser possível que o juiz ao exercer um controle de legalidade, exerça um juízo de conveniência e oportunidade, uma vez que será influenciado de forma direta.

Em verdade, os acordos processuais afetam os poderes do juiz em maior ou menor grau a depender de suas disposições. Fato é que o juiz ao apreciar o negócio processual deverá observar os requisitos de validade para permitir a continuidade dos efeitos que por força legal são imediatos e, em decisão fundamentada, em obediência ao princípio constitucional, pronunciará a invalidade dos que não possuam tais requisitos.

4.4.1. Possibilidade de limitação dos poderes instrutórios do juiz

Acerca da possibilidade de limitação do poderes do juiz, um importante desdobramento a ser analisado é a influência dos negócios jurídicos processuais sobre os poderes instrutórios do juiz, ou seja, proibições quanto o agir do juiz na produção de ofício da prova. O que poderim influenciar diretamente sobre o princípio do livre convencimento motivado, além de sua livre apreciação das provas.

Os poderes instrutórios do juiz estão de fato previstos no art. 370 do CPC/15 o qual dispõe: “Caberá ao juiz de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito”. Posto isso, resta ao operador do direito responder imperativas indagações acerca dos limites deste poder e se seria possível exercê-lo de forma contrária à vontade das partes, sendo assim caracterizado como originário e amplo.

A resposta a essa indagação não é fácil de ser concluída e vem apresentando divergências dentre os estudiosos. De forma pragmática, poderia se pensar na resistência das partes em cumprir com a produção de determinada prova como forma de limitação. A prova pericial é um ótimo exemplo para visualizar a situação, ao passo que se faz necessária o pagamento dos

honorários ao perito ou recolhimento de custas para que seja realizada a perícia. Essa atitude poderia ser encarada como limitadora da vontade das partes sobre o juiz.⁵⁹

A prova está intimamente ligada à decisão judicial. Impedir o juiz de produzir alguma prova que ele julgue necessária para a formação de seu convencimento é prejudicar a decisão que será proferida. Neste sentido, Daniel Amorim defende que o juiz não pode ser obrigado a proferir decisão sem qualidade, uma vez que não se pode desconsiderar que a resolução do processo é de interesse público e não exclusivamente das partes. E ainda argumenta de outra forma:

Há outra forma de raciocínio capaz de atingir a mesma conclusão. Se o juiz precisa da prova para se convencer e as partes por meio de acordo o proíbem de produzi-la, só haverá uma forma de julgamento: por meio da aplicação da regra do ônus da prova. Nesse caso, a vontade das partes, ainda que indiretamente, estaria criando, ao juiz, o dever de aplicar tal regra de julgamento, o que não se pode admitir porque as únicas posições processuais que podem ser objeto de transação são aquelas de titularidade das partes.

A resistência da doutrina em admitir negócios processuais em matéria probatória que limitem a atuação do juiz está intimamente ligada com a ideia de que o juiz é o destinatário final da prova, visto como exclusividade jurisdicional. Até o proferimento da decisão final o processo é composto por diversas afirmações na tentativa de se alcançar a verdade real. Evidentemente a contribuição de uma parte pode ensejar na comprovação da alegação da parte contrária, o que importa em afirmar que o processo visa eliminar a incerteza contida nas alegações, não importando quem produziu a prova.

Neste sentido, a instrução probatória já é limitada quando o magistrado entende que determinada prova não irá contribuir para resolver determinado ponto que se estabeleceu como controvertido, visto que o magistrado pode indeferir, fundamentadamente, a produção da prova requerida. Porém em determinadas causas judiciais, dada sua complexidade, não é plausível estabelecer um poder com proibição absoluta. É possível extrair da redação do art. 357, §2º do CPC/15, que as partes podem estabelecer conjuntamente a delimitação dos pontos controvertidos, sobre os quais recairá a fase probatória. Eis o referido artigo:

⁵⁹ CÔRTEZ, Stefania. A possibilidade de limitação dos poderes instrutórios do juiz pelos negócios jurídicos processuais. Disponível em: <<https://processualistas.jusbrasil.com.br/artigos/400578969/a-possibilidade-de-limitacao-dos-poderes-instrutorios-do-juiz-pelos-negocios-juridicos-processuais>> Acesso em 01.03.2017.

Art. 357. Não ocorrendo nenhuma das hipóteses deste Capítulo, deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo:

§ 2º As partes podem apresentar ao juiz, para homologação, delimitação consensual das questões de fato e de direito a que se referem os incisos II e IV, a qual, se homologada, vincula as partes e o juiz

Esse dispositivo influencia diretamente na instrução do juiz, afinal a instrução probatória tem como objeto solucionar os pontos que ficaram controvertidos quando confrontados a peça inicial e a resposta do réu. Se as partes antecipam as questões de fato e de direito, os poderes instrutórios do juiz já estarão de plano limitados no que tange ao seu alcance. Vale dizer que é uma possibilidade extremamente pertinente, posto que ninguém melhor do que as partes para delimitar o que as mesmas vivenciaram e possuem um conhecimento mais aprofundado.

O Fórum Permanente de Processualistas Cíveis também não encontrou óbice nas provas serem objeto de negociação processual atípica, e firmou tal entendimento no enunciado nº 21: “São admissíveis os seguintes negócios, dentre outros: acordo para realização de sustentação oral, acordo para ampliação do tempo de sustentação oral, julgamento antecipado do mérito convencional, convenção sobre prova, redução de prazos processuais.

Por outro lado, se o juiz não se obriga ao estabelecido no negócio processual, este tenderá a não produzir plenamente seus efeitos. Um exemplo prático: se as partes convencionem sobre a utilização unicamente de prova documental durante a instrução probatória de uma eventual demanda judicial. Diante desse cenário hipotético, poderia o juiz determinar a realização de outras provas que entender necessárias para a resolução do mérito, com fulcro no artigo 370 do CPC/2015 ou respeitar as partes em seu consenso.

Robson Renault Godinho concluiu:

É inegável que a celebração de negócios probatórios pelas partes não afetará, em maior ou menor medida, a atividade do juiz, mas isso não é exclusividade ou algum tipo de efeito idiossincrático desse tipo de acordo. Na realidade, todo e qualquer negócio jurídico processual repercute inexoravelmente na atividade do juiz.⁶⁰

Todavia, se diante dos novos contornos oferecidos pelos negócios processuais atípicos, se optar pela tese de vinculação do magistrado ao disposto no negócio realizado pelas partes,

⁶⁰ GODINHO, Robson Renault. *A possibilidade de negócios jurídicos processuais em matéria probatória*. In CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios Processuais*. Juspodivm, 2015. p. 412

em matéria probatória, o julgamento livre e racional pelo magistrado poderá restar comprometido, aproximando-se, então, do modelo adversarial de organização do processo.

Em face dessa situação, o conjunto probatório final pode vir a ser considerado insuficiente pelo magistrado, mas o juiz proferirá sua sentença com fundamento na regra do ônus de prova e com as provas que foram produzidas decorrentes da vontade das partes. Dessa forma, restará resguardado o interesse público primário de um processo efetivo, sem que se promova a depreciação da autonomia da vontade das partes, privilegiando-se, por conseguinte, uma interpretação harmoniosa e sistemática do novo Código de Processo Civil brasileiro.

5. CONTROLE JUDICIAL DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS ATÍPICOS

5.1. A vinculação do juiz às convenções processuais

Outro ponto que desperta questionamentos é sobre o vínculo e possível obrigatoriedade do juiz perante a convenção processual. Como veremos neste tópico, a doutrina majoritária entende que o magistrado está sim vinculado ao negócio jurídico processual válido, devendo ainda prover os meios para garantir a sua implementação.

Esta ideia de que ao magistrado tem o dever de assegurar as medidas necessárias para implementar aquilo que foi convencionado entre as partes encontra fundamento legal no art. 3º, §3º do CPC/15, ao passo que o legislador quis explicitar a importância do estímulo aos diversos métodos de solução consensual dos conflitos, como é possível inserir os negócios processuais. Eis o referido artigo:

Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.
(...)

§3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

Corroborando com o supramencionado artigo, o art. 139, V do CPC/15 reforça impondo ao magistrado o dever de promover em qualquer fase processual a autocomposição, priorizando, novamente, o legislador, pela maturidade das partes em propiciar um desfecho mais rápido e satisfatório. Em uma leitura conjuntural é possível extrair do referido dispositivo que o magistrado deve abster-se de contrariar a convenção firmada, não sendo caso de invalidade. Preceitua o art. 139, V do CPC/15:

Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:

(...)

V - promover, a qualquer tempo, a autocomposição, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais;

A redação do parágrafo único do art. 190 do CPC/15, mais especificamente pelo uso do vocábulo “somente”, permite a interpretação literal de que o magistrado só deve interferir nas situações específicas que o legislador tratou de enumerar, ainda que de forma genérica,

conforme discorrido no segundo capítulo. Ou seja, não cabe ao magistrado exercer juízo de valor e discricionariedade nos acordos processuais dotadas de validade firmados pelas partes.

Corroborando com essa interpretação literal, José Miguel Garcia Medina compreende o texto dispositivo como uma contenção a atuação do juiz, sobretudo se o negócio processual referir-se exclusivamente à posição jurídica das partes. Neste sentido, defende que o juiz deve respeitar o negócio processual celebrado, ressalvado a inobservância do que não podem dispor.⁶¹

Diante disso, o que se torna principal em meio a essa discussão é entender o porquê do juiz estar vinculado. Antonio do Passo⁶² vai além da interpretação literal ao analisar este vínculo, pois para ele o juiz se vincula em razão do dever de aplicar a norma, ainda que convencional. Pois no Estado de Direito a aplicação da norma vai além daquela positivada pelo legislador, ou seja, também abrange as normas provenientes dentro dos limites da autonomia da vontade.

Ao contrário das partes que se vinculam pela assinatura do negócio asseguradas pela autonomia da vontade, o juiz se vincula sem sua assinatura. O mesmo ocorre com os contratos de direito privado, quando as partes firmam um contrato e juntam aos autos do processo, o juiz aplica a norma do contrato, pois no Estado de Direito como aplicador de normas, não importa que seja a norma da lei, a norma do contrato, ou ainda a norma dos negócios processuais, logo reconhecendo ser uma norma jurídica válida, é imperiosa sua aplicação. Neste caso, as partes se vinculam por autovinculação e o juiz se vincula por heterovinculação.

Inferre-se do art. 190 e 200 do CPC/15 que os acordos processuais são normas jurídicas válidas, sendo assim, não reconhecendo nenhuma invalidade no negócio processual o juiz deve aplicá-lo e fica a ele vinculado. Enquanto as partes do negócio se vinculam por auto vinculação, o juiz se vincula pela obrigação em aplicar a norma jurídica firmada pelo negócio, posto que é válida. A vontade das partes vincula o juiz, uma vez sendo válida, no entanto, se contiver alguma invalidade o juiz não está vinculado ao negócio e a pronunciando, não aplicará a regra do negócio e sim a lei em sentido estrito.

⁶¹ MEDINA, José Miguel Garcia. *Curso de Direito processual civil moderno*. 3. ed. São Paulo: RT, 2017. p. 317

⁶² CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções Processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 226

5.2. Anulação e nulidade dos negócios jurídicos processuais atípicos

Quando se trata do controle judicial, a função precipuamente analisada é a de fiscalização conferida ao juiz. Pelo exercício deste controle, o magistrado tem o dever, ao apreciar o negócio, e encontrando irregularidades, de decretar a invalidade. Resta claro que os negócios jurídicos processuais são espécie do gênero negócio jurídico, o que permite afirmar que se submetem as mesmas regras quanto à invalidade.

Este controle é exercido muito além dos requisitos legais. Segundo Flavio Luiz Yarshell:

Partindo-se inicialmente dos elementos gerais intrínsecos do negócio, exige-se que ele resulte de processo volitivo caracterizado por adequada consciência da realidade, em ambiente de liberdade de escolha e de boa-fé. Do contrário, o negócio pode ser anulado por vício resultante de erro, dolo ou coação.⁶³

Neste sentido, os vícios que atingem os negócios jurídicos processuais são os mesmos encontrados na legislação civil, sobretudo, os previstos nos art. 166 a 184 do Código Civil de 2002, os quais substanciam a chamada teoria das nulidades do negócio jurídico. Segundo a clássica doutrina civilista⁶⁴ a invalidade do negócio jurídico abrange a inexistência, a nulidade absoluta e a nulidade relativa ou anulabilidade.

O negócio inexistente não gera efeitos no âmbito jurídico, pois não preencheu os requisitos mínimos, constantes no plano de existência, ou seja, não apresentam os elementos formadores do negócio, quais sejam: partes, vontade, objeto e forma. Entretanto, diante da ausência de previsão legal no Código Civil que trata apenas de negócio nulo ou anulável, parte da doutrina entende ser desnecessário esse estudo, uma vez que os casos apontados como de inexistência do negócio jurídico são resolvidos com a solução de nulidade.

Por sua vez, a nulidade, conforme preceitua Maria Helena Diniz, trata-se de um sanção imposta pelo legislador que resulta na privação de efeitos jurídicos, ao contrário do negócio inexistente o qual nunca chegou a gerar efeitos⁶⁵. A nulidade possui duas espécies, concebendo-se em sentido estrito a nulidade absoluta e nulidade relativa. Em suma, na nulidade absoluta, o

⁶³ YARSHELL, Flávio Luiz. *Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era?* In CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.) *Negócios Processuais*. Juspodivm, 2015. p. 68

⁶⁴ TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil: volume único*. 4. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 258 e 259.

⁶⁵ DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva. 2010. p. 194.

negócio jurídico não produz efeitos por ausência de requisitos no plano da validade ou por ofender a norma pública, diferente da nulidade relativa que envolve preceitos de ordem privada.

Com relação aos casos de nulidade do negócio, não há interesse processual em propor ação com pedido de declaração de nulidade, pois tal pleito poderá ser feito nos próprios autos, se existente ação em curso. Assim, preceitua Flávio Luiz Yarshell:

(...) não há interesse processual para demandar cujo objeto seja exclusivamente a declaração de nulidade – total ou parcial – do negócio. Compete à parte – seja autora ou ré – alegar a nulidade de forma incidental, submetendo ao juiz da causa, que é funcionalmente competente – com exclusão de qualquer outro – para determinar se e quais as regras processuais a reger a respectiva atividade. Não há nulidade para invalidação autônoma, inclusive sob a ótica estatal. De demanda autônoma só se poderá excepcionalmente considerar se a cognição necessária para apuração do vício – por exemplo, no caso da simulação – exigir processo cujo objeto seja exclusivamente a apuração da nulidade.⁶⁶

Portanto, para os casos de nulidade, o negócio não precisa ser desconstituído, pois, na verdade, nunca foi constituído, não existe. Já os vícios anuláveis do negócio processual devem ser impugnados de forma autônoma, não podendo ser reconhecidos de ofício, ou seja, só os interessados podem impugnar.

Não resta dúvida que a validade dos negócios processuais é exercida pelo juiz de ofício ou mediante provocação da parte, diante da autorização expressa contida no *caput* do art. 190 do CPC/15. Aliás, no processo civil brasileiro, a invalidade necessita sempre ser decretada de forma expressa, após inclusive ser constatado o prejuízo para as partes.

Ato contínuo, visto se tratar de negócio jurídico, a invalidade do negócio jurídico processual poderá ser total ou parcial, em consonância com o art. 184 do Código Civil de 2002⁶⁷. Neste sentido é o enunciado nº 134 do FPPC: “Negócio jurídico processual pode ser invalidado parcialmente”.

Portanto, o juiz tem papel conclusivo no plano da validade e eficácia do negócio, exercendo suas funções, sobretudo, de fiscalização no decorrer do processo. A apreciação do

⁶⁶ YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? In CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.) Negócios Processuais. Juspodivm, 2015. p. 77

⁶⁷ Art. 184. Respeitada a intenção das partes, a invalidade parcial de um negócio jurídico não o prejudicará na parte válida, se esta for separável; a invalidade da obrigação principal implica a das obrigações acessórias, mas a destas não induz a da obrigação principal.

magistrado vai além da simples chancela, ensejando uma revisão em busca de possíveis vícios que por lei incumbido de observar, além de diligentemente analisar àqueles suscitados a partir da provocação da parte interessada.

5.3. Recorribilidade da decisão que nega negócio jurídico processual

A previsão legal de recursos, materializando, sobretudo, o princípio do duplo grau de jurisdição, segundo o qual às partes é dado o direito de reanálise por tribunal superior de decisão proferida, garantindo um novo julgamento é claramente um desdobramento do controle judicial. Se através do recurso, a parte pode obter uma decisão reformada integral ou parcialmente, é importante analisar esta possibilidade no campo dos negócios jurídicos processuais.

Via de regra, a decisão que rejeita um negócio processual é interlocutória, sob a égide do Código de Processo Civil de 1973, as decisões interlocutórias eram impugnadas através de agravo de instrumento. Por outro lado, a nova legislação restringiu as hipóteses de cabimento deste tipo de agravo. Tal decisão pelo novo código é irrecurável, a julgar que o rol taxativo do art. 1.015 do CPC/15, o qual apresenta as hipóteses de interposição de agravo de instrumento, e dentre elas, não apresenta esta possibilidade. Sendo, portanto, atacável apenas em sede de apelação (art. 1.009, §1º do CPC/15), diante da ausência de previsão legal para agravo retido.

A Câmara dos Deputados tentou inserir no rol das hipóteses a previsão da não homologação ou recusa de aplicação a negócio processual celebrado pelas partes, no até então art. 1.028, XX, do Projeto de Lei 8.046/2010, mas esta previsão não foi aceita quando o projeto retornou ao Senado Federal⁶⁸. A redução nas hipóteses de cabimento do agravo de instrumento para garantir o propósito da simplificação recursal, neste caso, pode causar prejuízo a parte que deverá aguardar futura fase recursal e, em caso de procedência, pode acarretar na inutilidade de todo o desenvolvimento processual ocorrido até então.

Leonardo Carneiro da Cunha estabelece uma interpretação extensiva com base na previsão do art. 63, §3º CPC/15, a qual dispõe sobre o controle judicial na hipótese de cláusula de eleição de foro abusiva: “Antes da citação, a cláusula de eleição de foro, se abusiva, pode

⁶⁸ BRASIL. Senado Federal. Redação da Emenda. Gabinete Senador Aloysio Nunes Ferreira. Substitutivo ao projeto de Lei (SDC) n. 166. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4202639&disposition=inline>>. Acesso em: 18.04.2017

ser reputada ineficaz de ofício pelo juiz, que determinará a remessa dos autos ao juízo do foro de domicílio do réu.” O comando legal é de remeter os autos ao juízo do foro do domicílio do réu, ou seja, o processo continuará, não acarretando em sua extinção. A partir desse entendimento, indo na contramão da previsão literal do código, traz entendimento diverso ao afirmar que toda decisão que nega eficácia a um negócio processual seria impugnável de agravo, nas palavras do próprio autor:

Convenção de arbitragem é um negócio processual. A decisão que a rejeita é decisão que nega eficácia a um negócio processual. A eleição de foro também é um negócio processual. Como vimos, a decisão que nega eficácia a uma cláusula de eleição de foro é impugnável por agravo de instrumento, em razão da interpretação extensiva. Pode-se ampliar essa interpretação a todas as decisões que negam eficácia ou não homologam negócio jurídico processual – seriam, também por extensão, agraváveis. Assim, por exemplo, se o juiz negar-se a homologar a desistência da ação, será cabível agravo de instrumento, e não mandado de segurança para que se possa ter a extinção do processo sem resolução do mérito. Seria absurda a situação de o autor desistir, o juiz não homologar a desistência e o processo prosseguir, mesmo contra a vontade do autor, sem a possibilidade de impugnação imediata. A própria apelação contra eventual sentença seria bem esquisita.⁶⁹

Ainda reforça sua tese de pertinência de interpretação extensiva com a hipótese da resistência do juiz em suspender o processo diante da convenção das partes neste sentido, eis o outro exemplo:

Outro exemplo. As partes convencionam sobre a suspensão do processo. O juiz, a despeito disso, não suspende o processo. Nada justifica que essa decisão não seja recorrível imediatamente – ela é, substancialmente, uma decisão que nega eficácia a um negócio jurídico processual, exatamente a mesma situação da decisão que rejeita alegação de convenção de arbitragem. A interpretação extensiva impõe-se, também aqui.⁷⁰

Diferente de Leonardo da Cunha, Daniel Amorim não concorda com a corrente doutrinária que propõe a interpretação extensiva do art. 1.015 do CPC/15, sobretudo, a partir do inciso III que prevê hipótese de cabimento de agravo contra decisão interlocutória que rejeita a alegação de convenção de arbitragem: “Ainda que o negócio jurídico processual previsto no art. 190 do Novo CPC decorra da vontade das partes da mesma forma que a convenção de arbitragem, o objeto de ambas é distinto o suficiente para não permitir a interpretação extensiva.”⁷¹

⁶⁹ CUNHA, Leonardo Carneira da; DIDIER JR. Fredie. Agravo de instrumento contra decisão que versa sobre a competência e a decisão que nega eficácia a negócio jurídico processual na fase de conhecimento. *Revista de Processo*. vol. 242. São Paulo: RT, 2015. p. 275-284.

⁷⁰ Idem. p. 275-284.

⁷¹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. Ed. Juspodivm: Salvador, 2016. p. 316

Apesar dessa restrição, o que pode se auferir é que as partes não podem ficar prejudicadas. Sendo assim, surge o questionamento se seria possível que as próprias partes por meio do negócio jurídico processual atípico estabelecessem recurso para suprir esta carência. Desta forma, se as partes convencionarem sobre impugnar a decisão por meio de agravo de instrumento, seguindo o rito processual legalmente previsto e com o devido preparo, aparentemente não haveria prejuízo, e neste caso, colocaríamos de lado o princípio da legalidade.

Entretanto, discutindo exatamente esse ponto, Didier posicionou-se pela impossibilidade de ampliação do rol do art. 1.015 do CPC/15, pois há óbice na reserva legal intransponível. Neste caso, se estaria indiretamente negociando sobre competência funcional, a qual é absoluta.⁷² Além disso, é necessário estabelecer a igualdade das partes no processo, consubstanciada na redação do art. 7º do CPC/15⁷³, posto que todos os jurisdicionados devem ter iguais direitos na impugnação de decisões judiciais, o que já se destoaria, visto que há restrições a quem pode firmar negócios jurídicos processuais.

Os julgados do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, por exemplo, sobre a taxatividade do art. 1015 do CPC/15 parecem conduzir a uma jurisprudência que realmente não admite a interposição de agravo de instrumento em hipóteses não contempladas no referido artigo, entendendo pela inadmissibilidade do recurso. Diversas decisões monocráticas já foram proferidas tanto em câmaras cíveis, como em câmaras especializadas de consumidor, entendendo conforme Didier. Entretanto, em paralelo a aplicação dessa taxatividade, também podem ser encontrados acórdãos que preservam a interpretação extensiva em casos de situações capazes de gerar dano grave ou de difícil ou impossível reparação.

Para ilustrar são os recentes julgados ocorrido em maio do presente ano na sexta câmara cível e através da decisão do acórdão, da relatoria do Desembargador Luciano Sabóia Rinaldi de Carvalho na sétima câmara cível em fevereiro deste ano:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO INDENIZATÓRIA. DECISÃO AGRAVADA QUE DETERMINOU A LIVRE DISTRIBUIÇÃO DA INICIAL. DECISÃO AGRAVADA QUE NÃO SE ENQUADRA NO ROL TAXATIVO DO

⁷² DIDIER JR. FREDIE. Curso de Direito Processual Civil, vol. 1. 17ª Ed., Salvador: Juspodivm, 2015. p. 388.

⁷³ Art. 7º: É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.

ART. 1015 NO NCPC NÃO COMPORTANDO, TAMPOUCO, INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA, COMO PRETENDEM OS AGRAVANTES. A DECISÃO VERGASTADA NÃO SE ENQUADRA EM NENHUMA DAS HIPÓTESES DO ART. 1015 DO NCPC. ROL TAXATIVO. ENTENDIMENTO DOUTRINÁRIO E JURISPRUDENCIAL. RECURSO NÃO CONHECIDO, COM FULCRO NO ART. 932, III, DO CPC/15.⁷⁴

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. DECISÃO AGRAVADA QUE INDEFERE O PEDIDO DE PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL. INOCORRÊNCIA DE QUAISQUER DAS HIPÓTESES PREVISTAS NO ART. 1015 DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. INEXISTÊNCIA DE SITUAÇÃO CAPAZ DE GERAR DANO GRAVE, DE DIFÍCIL OU IMPOSSÍVEL REPARAÇÃO. INTERPRETAÇÃO AMPLIATIVA DO ART. 1015 QUE SOMENTE SE ADMITE EM CASOS EXCEPCIONAIS. (g.n.) 1 - No âmbito doutrinário prevalece o entendimento de que o rol do art. 1.015 do NCPC/2015 não comporta interpretação extensiva, por ser taxativo. Todavia, há julgados que admitem o cabimento do agravo de instrumento em casos excepcionais, quando houver risco de dano irreparável, de difícil ou impossível reparação, ou seja, quando os efeitos produzidos pela eficácia da decisão forem de tal ordem graves que não possam aguardar a apresentação da questão ao Tribunal apenas por ocasião da preliminar de recurso de apelação. (g.n.) 2 - No caso dos autos, não restou demonstrada situação excepcional autorizadora de interpretação ampliativa do rol do art. 1.015 do NCPC, porquanto a rejeição da produção da prova pericial poderá ser arguida na forma prevista no art. 1.009, § 1º do NCPC, eis que, não coberta pela preclusão, poderá ser suscitada em preliminar de apelação eventualmente interposta contra a decisão final, ou em contrarrazões. 3 - Recurso não conhecido, nos termos do art. 932, III, do Novo Código de Processo Civil de 2015.⁷⁵

Em busca de uma solução que não afronte o reduzido rol do art. 1.015 do CPC/15, parte da doutrina propõe a utilização do mandado de segurança, remédio constitucional previsto no art. 5º, LXIX da CRFB/88 c/c art. 5º, II, da Lei 12.016/09, quando a situação ensejar imediatividade na decisão diante de gravidade. Seguindo este entendimento, Luiz Rodrigues Wambier⁷⁶ enxerga cabimento na impetração do referido remédio para não prejudicar a parte em situação grave e urgente.

Diante de uma jurisprudência não consolidada neste ponto, os precedentes que já existem sobre o assunto permitem a interpretação extensiva e indicam uma boa forma de suprir a taxatividade das hipóteses do cabimento de agravo. Com a taxatividade, o código potencializou o poder de decisão do magistrado, nos aproximando do modelo inquisitorial de processo. No entanto, a flexibilidade na interpretação do aplicador do direito ao analisar o caso concreto e detectar a urgência ou prejuízo da convenção processual outrora rejeitada impõe a possibilidade

⁷⁴ BRASIL. Tribunal de justiça do Estado do Rio de Janeiro. Processo Civil. Agravo de instrumento nº 0019035-48.2017.8.19.0000 da Sexta Câmara Cível. DJE 19 de maio de 2017. *Lex*: Precedente do TJRJ. Rio de Janeiro.

⁷⁵ BRASIL. Tribunal de justiça do Estado do Rio de Janeiro. Processo Civil. Agravo de Instrumento. 0058997-15.2016.8.19.0000 da Sétima Câmara Cível. DJE: 13 de fevereiro de 2017. *Lex*: Precedente do TJRJ. Rio de Janeiro.

⁷⁶ WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Curso Avançado de Processo Civil: teoria geral do processo*. vol. 1. São Paulo: RT, 2016. p. 518

do recurso cabível, proporcionando inclusive um equilíbrio com o modelo cooperativo. Portanto, não se mostra condizente excluir do alcance das partes a possibilidade de agravo quanto a uma convenção processual rejeitada.

5.4. Necessidade de homologação judicial

Cabe, antes de problematizar sobre homologação, defini-la. Homologação é o ato judicial em que o magistrado não decide, nem emite parecer em favor de algumas das partes, limitando-se a dar eficácia jurídica à deliberação consensual das partes, observadas as prescrições legais e as normas de ordem pública⁷⁷. Portanto, tratamos aqui do plano da eficácia do negócio jurídico processual, ou seja, a produção dos efeitos dependentes ou não deste ato homologatório.

Sendo assim, surge o questionamento se os negócios processuais atípicos necessitariam de homologação para produzir efeitos no mundo jurídico. O caminho para desmistificar tal questão perpassa obrigatoriamente pelo momento inicial de produção de efeitos do negócio processual. O legislador cuidou de estabelecer no art. 200 do CPC/15 que as declarações de vontade produzem efeitos imediatamente, mas como lembra Fredie Didier isso não impede que as partes convençionem de modo diverso, sendo assim, pode haver uma modulação de efeitos a critério das partes através de condição ou termo⁷⁸.

Em contrapartida, no bojo do atual código de processo civil há negócios processuais que dependem da homologação do juiz, como ocorre com a desistência da ação, transação, conciliação das partes e organização consensual do processo, por exemplo. Tal fato, motiva a doutrina a defender a obrigatoriedade de homologação apenas nos casos previstos em lei.

No que tange aos negócios processuais atípicos, sendo inerente a este tipo de negócio a ausência de características essenciais do acordo, a previsão do art. 200 do CPC/15 resta clara que mesmo neste tipo de negócio os efeitos ao produzirem efeitos imediatos dispensam a homologação judicial, o que não se confunde com a apreciação para possível decretação de invalidade. Corroborando com esta análise acerca dos negócios jurídicos processuais atípicos,

⁷⁷ ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. *Dicionário Jurídico Acquaviva*. 5. ed. São Paulo: Rideel. 2011. p. 447

⁷⁸ DIDIER JR. FREDIE. *Curso de Direito Processual Civil*, vol. 1. 17ª Ed., Salvador: Juspodivm, 2015. p. 388.

é o enunciado nº 133 do FPPC: “Salvo nos casos expressamente previstos em lei, os negócios processuais do art. 190 não dependem de homologação judicial.”

A contrário senso, pode-se afirmar que são desnecessários a homologação ou deferimento para que o negócio jurídico processual produza os devidos efeitos. Antônio do Passo sustenta esta afirmação com três razões principais: (i) as convenções processuais decorrem diretamente da autonomia das partes com respaldo legal; (ii) a possibilidade de existência de acordos pré-processuais; (iii) seria uma forma de negativa da autonomia justificada por uma relação de afastamento entre Estado e indivíduo.⁷⁹

Posto isso, depender de homologação judicial não é a regra, os casos que dependem deste ato judicial estão expressamente previstos em lei, mesmo no caso dos negócios processuais atípicos não vigora a necessidade de homologação, pela produção de efeitos imediatos, com fulcro no art. 200 do CPC/15. E, apesar da eficácia imediata, os negócios jurídicos atípicos não estão imunes ao controle judicial.

5.5. Comentários parciais

As vantagens extraídas da possibilidade de convencionar sobre matéria processual são sem dúvidas elucidativas para que a cultura do judiciário incorpore de fato o novo instituto e coopere para que se torne uma realidade, não só por grandes sociedade empresárias e causas milionárias, mas de forma homogênea por todos que podem ser partes em um processo judicial.

O negócio jurídico processual seria ainda uma opção bastante interessante à arbitragem. É sabido que a arbitragem é um procedimento custoso e muitas vezes acaba não se mostrando vantajoso em algumas controvérsias que não tenham valor tão elevado. Precipuamente, com o negócio jurídico processual, as partes poderiam convencionar diversas matérias, fazendo com que o processo judicial se adequasse para a demanda específica, seja do ponto de vista de calendários possibilitados pelo art. 191 do CPC/15, seja por modificações no próprio procedimento, ou ainda do ponto de vista do próprio direito material.

⁷⁹ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 232.

Outro atrativo do instituto é a possibilidade de as partes em conjunto desde logo indicarem o perito, na fase contratual, antes mesmo de qualquer litígio ser iniciado ou no decorrer do processo, tendo em vista a preocupação com uma boa prova pericial pode ser decisiva em processos judiciais complexos. Tais perícias por vezes interdisciplinam áreas diversas de conhecimento que fogem da alçada do juiz e das partes, já que, não raro, peritos indicados pelo juízo não possuem qualidade técnica tão alta ou adequada à análise em questão. Assim, parece bastante útil à prática.

De fato, o judiciário brasileiro experimenta interessantes mudanças ideológicas e comportamentais com o advento do novo código de processo civil, ensejando uma reconstrução de pensamento formado em doutrinas de décadas anteriores, cujas ideologias estavam distantes dos avanços atuais. Como prevê Daniel Amorim, a insegurança que pode ser criada no dia a dia forense pelo art. 190 do CPC/15 é inevitável⁸⁰. O processo brasileiro exige que repensemos, sem exagero, todos os institutos processuais, por conta dos negócios processuais, que podem ser interpretados conjuntamente com a cláusula geral de atipicidade dos negócios.

Apesar disso, há dificuldades de inserção e amadurecimento desse instituto na prática forense brasileira. A cultura do judiciário ainda não evoluiu ao ponto das partes se aproximarem a fim de compor sobre o próprio processo, ao contrário, há um distanciamento provocado, sobretudo, pelo desejo diferente do resultado final e a ideia de processo como rivalidade, com partes adversas com interesses divergentes. Neste cenário, os advogados se omitem para tentar aproximar as partes almejando uma composição, o que pode ser resultado de um desconhecimento do instituto. Ainda que cause estranheza no mundo jurídico e provoque diversas dúvidas e, como de praxe, divergências quanto a sua aplicação, influência e limitação, a ideia ainda é extremamente bem vinda.

O que se impõe e talvez seja o grande desafio diante da inserção desse instituto, cuja principal característica é a autonomia da vontade das partes, é encontrar o ponto de equilíbrio, posto que o processo não pode ser visto de uma forma privatista como ocorre na consagrada arbitragem, mas também não pode ser interpretado como atividade puramente estatal, na qual as partes são meramente subordinadas. A arbitragem foi a fonte ou incentivo do legislador ao

⁸⁰ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. Salvador: Juspodivm: 2016. p. 306

instituir os negócios processuais atípicos, seguindo a lógica do sistema dos meios alternativos de solução de conflitos. Se as partes podem submeter sua controvérsia a um julgador particular em um processo disciplinado pelas mesmas, não há resistência em trazer a opção de submeter a controvérsia ao juiz estatal, mas com procedimento e nuances do processo por elas redesenhado.

6. CONCLUSÃO

Das questões discutidas no presente trabalho de conclusão de curso, quis se demonstrar o grau de afetação dos negócios jurídicos processuais atípicos nas atribuições dos juízes, estabelecendo os parâmetros de controle judicial aplicáveis e o dever de atuação para com esta nova vertente do instituto.

Percorrendo inicialmente o instituto dos negócios jurídicos processuais de forma geral, observou-se a compatibilidade com a proposta da Lei 13.105/2015. A cultura da colaboração processual está em constante ascensão, o que se verifica pelas leis de incentivo à cooperação e pelo próprio princípio agora expresso no novo código de processo civil, além do código impor como dever ao magistrado o incentivo a composição. Logo, os negócios jurídicos processuais estão em consonância com o ordenamento e reforçam o modelo cooperativo de processo.

Os negócios processuais são meios contemporâneos de acesso à justiça voltados para processar. Guiam a um processo mais dinâmico e permitem adequar o procedimento às particularidades de cada caso concreto. Além disso, este instituto representa um necessário distanciamento da lógica plublicista, apesar da legislação processual brasileira ainda conter traços característicos do modelo inquisitorial. Porém, a predominância é a busca por uma solução consensual e proveniente da participação máxima de todos os sujeitos do processo. Neste cenário, os negócios processuais são vistos com mais certeza no novo código de processo, uma vez afastada a hipótese de impossibilidade deste tipo de acordo.

Ainda no primeiro capítulo notou-se a dilação das hipóteses de negócios processuais típicos e a inovação trazida pela cláusula geral de negociação atípica. Não há como negar a possibilidade de negociar sobre aspectos do processo e do procedimento. Hoje, este ato jurídico voluntário ocorrido no campo processual permite a alteração das duas dimensões do processo, quais sejam: a fática e a das situações jurídicas.

O atual código processual civil ao estabelecer uma cláusula geral de negociação atípica, despertou na doutrina e irá provocar na jurisprudência o debate acerca dos alcances que as partes podem se valer com os negócios atípicos. Os negócios atípicos são espécies que não possuem suas características essenciais previstas em lei. Analisando tal cláusula, percebe-se

uma divergência na aceitação desta, pois para muitos gera insegurança jurídica. Entretanto, a previsão de uma cláusula geral contribui positivamente, seja pela mobilidade interpretativa de adaptação aos novos casos concretos, seja pela aproximação e facilitação dos jurisdicionados para com a resolução de suas controvérsias.

Nesse passo, diante da possibilidade de convenções atípicas, frisou-se alguns pontos relevantes a serem observados sobre um dos sujeitos do processo, qual seja: o juiz. A vinculação do magistrado aos negócios processuais firmados, além do controle judicial que obrigatoriamente deve ser exercido demonstrando que a liberdade das partes convencionarem não é absoluta e apesar de poderem influenciar direta ou indiretamente em sua atuação, estas convenções atípicas precisam estar em consonância com o ordenamento jurídico e com o interesse público inerente ao processo.

O juiz pode ser sujeito do negócio processual, pensar de forma diversa seria caminhar em sentido oposto a proposta colaborativa do novo código. Inclusive, há exemplos no próprio código processual, os quais exigem expressamente a participação do juiz, além desta participação direta resultar em uma fiscalização imediata do julgador, fato que impulsiona esta possibilidade. Porém, a capacidade negocial estaria limitada as hipóteses que a lei lhe permite exercer tal condição.

Analisado a possibilidade dos poderes do juiz, viu-se que é possível ainda que de forma indireta que os poderes do magistrado sejam afetados. O negócio pode conduzir ou reduzir a função jurisdicional a depender da vontade das partes. No que tange a possibilidade de limites dos poderes instrutórios, igualmente poderão sofrer limitações. Ainda que limitado, o magistrado fundamentará sua decisão final com base nas provas que foram produzidas. Não há que se falar em prejuízo, se as próprias partes convencionaram em dispor sobre a produção de provas de um modo específico.

De fato, as convenções afetarão os poderes do juiz, direta ou indiretamente. Neste caso, se algum poder for limitado, obrigatoriamente a convenção que gerou esta limitação passará por sua apreciação e, fundamentadamente, o magistrado poderá negar aplicação exercendo uma ponderação. Ainda que cumpridos os requisitos legais, não podem ser abandonados os

princípios processuais e o interesse público que norteiam o processo civil, os quais priorizam o proferimento de uma decisão de qualidade.

Perfazendo uma análise sobre o controle judicial direto do negócio, quis se estabelecer de início que o magistrado está vinculado ao negócio válido. Devendo inclusive oportunizar que o negócio aconteça. Estando livre de invalidades, a aplicação das regras estabelecidas a partir de convenções atípicas se mostram imperativas, uma vez que o magistrado deve aplicar a norma válida e por norma não entende-se apenas as provenientes de processo legislativo. Neste sentido, o direito privado é interligado ao direito processual para permitir a produção de normas que influenciarão apenas as partes acordantes e pelo juiz devem ser observadas.

A invalidade da norma proveniente do acordo permite ao magistrado o pronunciamento contrário à aplicação da mesma. Apesar de sempre que possível incentivar as tentativas de composição, observados os requisitos legais e os implícitos no ordenamento jurídico, cabe ao juiz, sempre de forma fundamentada, indeferir ainda que parcialmente os termos da convenção atípica.

Tais decisões que negam o negócio processual, fundamentadas em possíveis invalidades, atualmente, não encontram resguardo para impugnação através do agravo de instrumento. Tal recurso pela disposição do novo código possui rol taxativo de hipóteses de cabimento. Porém, interpretando-se de forma extensiva, é possível resguardar as partes de possíveis prejuízos e nas situações de urgência que impõe uma revisão da decisão em outra instância imediatamente. A taxatividade não pode obstar as partes de acordar sobre o processo, inclusive diante da possibilidade de erros do juízo *a quo*. A inflexibilidade nas hipóteses de cabimento só reforçaria as características do modelo inquisitorial, ao dar mais força para a decisão do juiz e tal fato é desarmônico com o modelo cooperativo adotado pelo nosso ordenamento.

Por fim, necessário se fez analisar a necessidade de homologação judicial dos negócios jurídicos processuais atípicos. A necessidade dessa chancela é dispensada para a produção dos efeitos, eis que imediatos. Apenas nos casos expressamente previstos em lei, a homologação concretiza o plano da eficácia, sendo obrigatória. Logo, em regra, os negócios jurídicos processuais não dependem de homologação, inclusive os atípicos.

As necessidades sociais e a criatividade das partes e de seus advogados indicam que a figura dos negócios jurídicos processuais atípicos tem grande potencial para estarem sendo utilizadas no mundo forense nas próximas décadas de vigência do novo código de processo civil de 2015, o que acompanha a atual lógica processual e nível de comunicação e informação no qual estamos inseridos. Sua efetiva implementação ao ordenamento possui condições de melhorar o acesso a justiça, e garantir um processo mais justo e eficaz.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFIAS

ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. *Dicionário Jurídico Acquaviva*. 5. ed. São Paulo: Rideel. 2011. p. 447

ALVIM, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil*. Vol. 1. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 495-496.

ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues. *Negócios jurídicos materiais e processuais – existência validade e eficácia – campo-invariável e campos dependentes: sobre os limites dos negócios jurídicos processuais*. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Negócios Processuais*. Coleção Grandes temas do novo CPC. 2. Ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 255-280.

AVELINO, Murilo Teixeira. A posição do magistrado em face dos negócios processuais. *Revista de Processo*. Vol. 246. Ano 40. p. 219-238. São Paulo: Ed. RT, ago. 2015.

BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. *Código de Processo Civil: Anteprojeto*. Brasília, 2010. Disponível em:
<www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf> Acesso em: 6 fev. 2017.

BRASIL. Código de Processo Civil. Lei 13.105 de 13 de março de 2015. *Lex: legislação federal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm> Acesso em: 12 dez. 2016.

BRASIL. Senado Federal. Redação da Emenda. Gabinete Senador Aloysio Nunes Ferreira. *Substitutivo ao Projeto de Lei (SDC) n. 166*. Disponível em:
<<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4202639&disposition=inline>>. Acesso em: 18 abr. 2017.

BRASIL. Resolução nº 118, de 1º de dezembro de 2014. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 27 jan. 2015. Disponível em: <
<http://www.cnmp.mp.br/portal/atos-e-normas/norma/154/&highlight=WyJyZXNvbHVcdTAwZTdcdTAwZTNvIiwxMTgsInJlc29sdVx1MDBiN1x1MDBiM28gMTE4Ii0=>> Acesso em: 22 mai. 2017.

BRASIL. Tribunal de justiça do Estado do Rio de Janeiro. Processo Civil. Agravo de instrumento nº 0019035-48.2017.8.19.0000 da Sexta Câmara Cível. DJE 19 de maio de 2017. *Lex: Precedente do TJRJ*. Rio de Janeiro.

BRASIL. Tribunal de justiça do Estado do Rio de Janeiro. Processo Civil. Agravo de Instrumento. 0058997-15.2016.8.19.0000 da Sétima Câmara Cível. DJE: 13 de fevereiro de 2017. *Lex*: Precedente do TJRJ. Rio de Janeiro

BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de Direito Processual Civil: inteiramente estruturado à luz do novo CPC*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 42.

CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções Processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 135

CÂMARA, Alexandre de Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 125-131.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel; *Teoria Geral do Processo*. 29. Ed. São Paulo: Malheiros. 2013. p. 370.

CÔRTEZ, Stefania. A possibilidade de limitação dos poderes instrutórios do juiz pelos negócios jurídicos processuais. Disponível em: <<https://processualistas.jusbrasil.com.br/artigos/400578969/a-possibilidade-de-limitacao-dos-poderes-instrutorios-do-juiz-pelos-negocios-juridicos-processuais>> Acesso em 01.03.2017.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro*. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios Processuais*. Salvador: Jus Podvm, 2015. p. 27-62.

CUNHA, Leonardo Carneira da; DIDIER JR. Fredie. Agravo de instrumento contra decisão que versa sobre a competência e a decisão que nega eficácia a negócio jurídico processual na fase de conhecimento. *Revista de Processo*. vol. 242. São Paulo: RT, 2015. p. 275-284.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 18. Ed. Salvador: Jus Podvim, 2016. p. 380.

_____. Novo CPC. Litisconsórcio necessário por força de negócio jurídico. *Net*, Bahia, out. 2014. Editorial 184. Disponível em <www.frediedidier.com.br/editorial/editorial-184/> Acesso em: 22 abr. 2017.

DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva. 2010. p. 194.

GRECO, Leonardo. *Novas perspectivas da efetividade e do garantismo processual*. In: Maria Angélica Echer Ferreira Feijó (org.) *Processo Civil – Estudos em homenagem ao professor doutor Carlos Alberto Álvaro de Oliveira*. Rio de Janeiro: Atlas, 2012. p. 283

_____. *Instituições de Processo Civil*. vol. 1. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 279.

REDONDO, Bruno Garcia. Princípio da Cooperação e Flexibilização do procedimento pelo juiz e pelas partes. In: FREIRE, Alexandre; DELFINO, Lúcio; OLIVEIRA, Pedro Miranda de; RIBEIRO, Sérgio Luiz de Almeida. *Processo Civil nas tradições brasileira e iberoamericana*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2014. p. 127-130.

_____. *Negócios Processuais: Necessidade de Rompimento Radical com o Sistema do CPC/73 para a adequada compreensão da inovação do CPC/2015*. Revista Dialética de Direito Processual. São Paulo, n.149, p. 9-16. ago. 2015.

TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil: volume único*. 4. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 258 e 259.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierlei; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC – Fundamentação e Sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 20

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria do direito processual, processo de conhecimento e procedimento comum*. Vol. 1. 58. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 916

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução e Revisão Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: 1988. Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002. p. 25

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor*. 4. ed. São Paulo: RT, 2003. p. 148.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Curso de direito processual civil moderno*. 3. ed. São Paulo. RT. 2017. p. 317

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 303.

NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Os negócios jurídicos processuais*. 2. Ed. Salvador: Juspodivm. Salvador, 2016. p. 153

_____. *Sobre os acordos de procedimento no processo civil brasileiro*. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios Processuais*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 81-93.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Direito processual civil contemporâneo: teoria geral do processo*. 7ª Ed. São Paulo. Saraiva, 2017. p. 483

YARSHELL, Flávio Luiz. *Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era?* In CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.) *Negócios Processuais*. Juspodivm, 2015. p. 68

WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Curso Avançado de Processo Civil: teoria geral do processo*. vol. 1. São Paulo: RT, 2016. p. 518

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DANTAS, Bruno. *Recurso Especial, Recurso Extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 210